Seuffert's Archiv

Neue dritte Folge
XIX. Band
(Der ganzen Reihe Band 74)



München und Berlin
Verlag von R. Oldenbourg

J. A. Seufferts

Archiv

für

Entscheidungen der obersten Gerichte

in den deutschen Staaten

Dritte Folge neunzehnter Band

Der ganzen Reihe vierundsiebzigster Band

Herausgegeben

von

H. F. Schütt †.

München und Berlin

Druck und Verlag von R. Oldenbourg

1919.

Anhang.

Verzeichnis der Entscheidungen, die sowohl in den „Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen" als in Seufferts Archiv veröffentlicht sind.

32. Fortsetzung zum Anhang in Bd. 42; vgl. Gen.-Verz. Bd. 58.

Entsch. des RG. Nr.	Entsch. des RG. Seite	Seufferts Archiv Bd.	Seufferts Archiv Nr.	Entsch. des RG. Nr.	Entsch. des RG. Seite	Seufferts Archiv Bd.	Seufferts Archiv Nr.
Bd. 93.				**Bd. 95.**			
24	74	74	58	20	58	74	164 [I]
54	171	"	27	25	70	"	100
62	193	"	36	36	105	"	130
91	297	"	47	48	147	"	134
103	334	"	63	76	235	"	194
Bd. 94.				78	241	"	135
14	55	74	99	91	278	"	183
66	220	"	87	92	280	"	193
69	234	"	85	107	325	"	182
90	309	"	84				
100	341	"	114	**Bd. 96.**			
101	342	"	113	50	186	74	218

I. Bürgerliches Recht.

1. Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bei Wohnsitz des Verkäufers im Auslande;* Umfang der Untersuchungspflicht des Empfängers einer nach dem Auslande gerichteten Wertsendung.

*Vgl. 58 Nr. 27.

BGB. §§ 242. 269. 270. 433; Übereinkommen des Weltpostvereins betr. den Austausch von Wertbriefen usw. v. 26. Mai 1906 (RGBl. 07, 636).

Der in Berlin wohnende Beklagte sandte zur Tilgung einer Forderung des Klägers am 4. Dez. 1913 einen 1880 *M* in Banknoten enthaltenden und in dieser Höhe deklarierten Brief an den in Spanien wohnhaften Kläger ab. Bei der Ankunft des Briefes am Wohnorte des Klägers fanden sich darin lediglich wertlose Papierschnitzel vor. Der demnächst auf Zahlung von 1800 *M* erhobenen Klage gab das Kammergericht statt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Parteien streiten darüber, welches Recht auf den streitigen Kaufvertrag, insbesondere auf die Frage anzuwenden ist, ob der Beklagte seinen Verpflichtungen nachgekommen ist und welcher der beiden Parteien die Gefahr der Übersendung der Banknoten zur Last fällt. Es ist in dieser Hinsicht zunächst zu ermitteln, ob die Parteien aus ihrer nach den Umständen zu entnehmenden, mutmaßlichen, vernünftigen Willensrichtung das Streitverhältnis einem einheitlichen Rechte haben unterwerfen wollen, was sie also bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände, wenn ihnen die Frage entgegengetreten wäre, mutmaßlich über das anzuwendende Recht bestimmt haben würden (vgl. RGEntsch. 68, 203; 73, 387). In dieser Hinsicht lassen sich aber Feststellungen nicht treffen. — — — Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß die Parteien daran gedacht haben oder bei vernünftiger Überlegung daran gedacht haben würden, die aus dem Vertragverhältnis entspringenden Rechtsbeziehungen einem einheitlichen Rechte zu unterwerfen. Es bleibt nichts anderes übrig, als für die Verpflichtungen einer jeden von ihnen das Recht des Erfüllungsorts als desjenigen Orts zugrundezulegen, wo die ganze Abwicklung der Vertragverpflichtungen in ihren wesentlichen Beziehungen vor sich geht, wo also die Verpflichtung ihren Sitz hat, welcher die wichtigste örtliche Beziehung des Schuldverhältnisses bildet. Dieser Erfüllungsort kann für die beiden Vertragverpflichtungen ein verschiedener sein, vgl. RGEntsch. 46, 195; 51, 218; 53, 140; 54, 311; 55, 106; 58, 367; 66, 73. Dies würde im vorliegenden Falle dazu führen, die Vorschriften des deutschen Rechtes

für maßgebend zu erachten, und zwar würde dies auch dann gelten, wenn man nicht den Erfüllungsort, sondern das Recht am Wohnsitz oder das Recht der Staatsangehörigkeit des Schuldners für maßgebend erachten wollte (vgl. darüber RGEntsch. 61, 344; 62, 308). Es steht nach der Natur der beiderseitigen Verpflichtungen auch nichts entgegen, auf die Erfüllung der Vertragpflichten des Verkäufers und des Käufers ein verschiedenes Recht anzuwenden. Beide Verpflichtungen hängen zwar innerlich zusammen; sie bedingen einander. Dagegen lassen sich die Rechtswirkungen der einen oder anderen Erfüllungshandlung sehr wohl voneinander sondern und zwar so, daß jede von einem besonderen Rechte abhängig ist. Dies gilt im vorliegenden Falle um so mehr, als es auf die Frage ankommt, welche Handlungen die eine oder andere Partei vorzunehmen haben würde, um ihrer Verpflichtung gerecht zu werden. Dies läßt sich schließlich am besten nach dem Rechte desjenigen Ortes beurteilen, an dem die Erfüllung stattgefunden hat.

Nach den Vorschriften des deutschen Rechtes (§ 270 BGB.) würde die Gefahr der Übersendung des Geldes dem Erblasser der Beklagten obliegen, da der Schuldner Geld im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat. Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben hierbei unberührt. Leistungsort würde gemäß § 269 immer der Wohnsitz des Schuldners bleiben.

Die Beklagten machen weiter geltend, daß der Kläger durch sein Verhalten bei der Annahme des Wertbriefs an seinem Wohnsitz den Verlust des Schadenersatzanspruchs des Erblassers der Beklagten gegen die Postverwaltung verursacht habe und aus diesem Grunde so behandelt werden müsse, als ob das Geld ihm wirklich zugegangen sei. Sie leiten daraus einen Schadenersatzanspruch her, mit welchem sie aufrechnen.

Unstreitig hat der Kläger den Wertbrief auf der Post in Empfang genommen und darüber quittiert. Das auch im Verhältnis zwischen Deutschland und Spanien geltende Übereinkommen des Weltpostvereins betreffend den Austausch von Wertbriefen usw. vom 26. Mai 1906, RGB. 1907, 636 bestimmt in Art 12 Nr. 9:

> Die Postverwaltungen sind für den Inhalt der Sendungen mit Wertangabe, die von den Empfangsberechtigten gegen Quittung in Empfang genommen worden sind, nicht verantwortlich.

In dem Urteil RGEntsch. 68, 286 ist eine engere Auslegung der Worte „in Empfang nehmen" abgelehnt worden. Es wird mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse und insbesondere auf die allgemeine, einer Förderung der Interessen des Publikums zuneigende Tendenz des Weltpostvereins und seiner sich immer weiter ausdehnenden Vereinbarungen ausgeführt, daß Beanstandungen, die sich unmittelbar an den tatsächlichen Akt der Besitzergreifung anschließen, in continenti der Empfangshandlung

erfolgen und damit eben dartun, daß die Empfangnahme in sich noch nicht vollständig abgeschlossen ist, nach der richtig verstandenen Vorschrift des Art. 12 Nr. 9 nicht verspätet sind. Auf diese Entscheidung kann sich aber der Kläger nicht berufen. Es handelte sich bei ihr darum, daß der Empfänger einer Postsendung unmittelbar nach der Quittung, und noch bevor er das Postbüro verlassen hatte, den Briefumschlag in Gegenwart des den Brief aushändigenden Postverwalters geöffnet, dadurch den Inhalt festgestellt und dem Verwalter sofort seine Unzufriedenheit mit dem Inhalt der Sendung erklärt hatte. In einem Falle dieser Art wird man allerdings sagen können, daß die Empfangshandlung nicht abgeschlossen war, als der Empfänger den Brief in die Hand bekam und die Quittung leistete. Nach dem Vortrage des Klägers liegt es hier anders. Der Kläger hat den Brief auf dem Postamt in Empfang genommen, darüber quittiert und sich mit der Sendung entfernt. Er ist mit dem Brief in die Wohnung einer Verwandten gegangen und hat dort mit der Öffnung begonnen, aber, da er Verdacht schöpfte, hiermit eingehalten und einen Notar herbeigeholt, in dessen Gegenwart dann die Öffnung vollständig bewirkt worden ist. In einem Falle dieser Art ist die Postsendung vollständig in die Verfügungsgewalt des Empfängers übergegangen; man kann nicht sagen, daß die Beanstandungen sich unmittelbar an den tatsächlichen Akt der Besitzergreifung angeschlossen haben und daß sie noch in den Rahmen der Empfangshandlung gefallen sei. Im vorliegenden Falle läßt sich also die Anwendbarkeit der Vorschrift des Art. 12 Nr. 9 des Übereinkommens vom 26. Mai 1906 nicht ablehnen und der Ersatzanspruch des Erblassers der Beklagten gegen die Postverwaltung ist in der Tat verloren gegangen.

Es ist den Beklagten zuzugeben, daß hieraus Einwendungen und Ansprüche des Absenders einer Postsendung gegen den Empfänger erwachsen können. Es bestand zwischen den Parteien ein Vertragverhältnis, ein Kaufvertrag, auf Grund dessen der Erblasser der Beklagten an den Kläger den Kaufpreis übersandte. Die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag umfassen aber nicht nur die unmittelbare Verpflichtung zur Übergabe des Kaufgegenstandes und zur Zahlung des Preises, sondern sie sind auszudehnen auf die Verpflichtung jedes Teiles, ein Verhalten zu beobachten, welches im Rahmen des Vertrags den Interessen des anderen Teiles gerecht wird. Wird diese Verpflichtung verletzt, so können sich in der Tat Schadenersatzansprüche vertraglicher Art für den geschädigten Teil ergeben. Fiele dem Kläger bei der Empfangnahme der Postsendung in der Tat ein Verstoß gegen Pflichten dieser Art zur Last, so würde sich für die Beklagten daraus ein Einwand der Arglist begründen lassen. Dies gilt aber nur dann, wenn dem Kläger in der Tat ein Verstoß gegen die Pflichten zur Last gelegt werden könnte, die ihm billigerweise zuzumuten sind. Hierzu ist es nicht unter allen Umständen zu rechnen, daß der

Empfänger einer unter Wertangabe eingehenden Sendung, mag es sich auch um eine Auslandsendung handeln, diese vor ihrer endgültigen Empfangnahme auf ihren Inhalt prüft und die Quittung ablehnt, bevor dies in Gegenwart des Postbeamten geschehen ist. Ist eine Wertsendung dieser Art ihrem äußeren Anschein nach unversehrt, so wird sich im allgemeinen der Empfänger darauf verlassen dürfen, daß die Sendung in demselben Zustande ihm ausgehändigt wird, in dem sie die Post erhalten hat. Nimmt er sie unter unverdächtigen Umständen an und quittiert er darüber, so kann ihm daraus der Vorwurf eines Leichtsinns und eines Verstoßes gegen seine selbst im weitesten Sinne verstandenen vertraglichen Verpflichtungen nicht gemacht werden.

Aus dem äußeren Zustande des Briefumschlages, der Sendung des Beklagten kann man nicht entnehmen, daß die äußeren Spuren einer Beraubung so offensichtlich wären, daß sie in dem Kläger hätten Verdacht erregen, ihn von der Annahme des Briefes abhalten oder von vornherein zu besonderen Sicherungsmaßnahmen veranlassen sollen. Danach fällt dem Kläger bei der Empfangnahme der Postsendung ein Verschulden oder ein Verstoß gegen seine aus dem Kaufvertrage abzuleitenden Pflichten nicht zur Last. Der Einwand der Beklagten versagt und sein Anspruch auf Zahlung des Kaufgeldes ist bestehen geblieben."

Urteil des KG. zu Berlin (22. Sen.) v. 6. Juni 1918. M. w. C. 22 U 3504/17. O. H.

---

2. Inhalt der vom Verkäufer übernommenen Versendungspflicht; keine Haftung für Verschulden des Spediteurs; Verpflichtung zur Abtretung des Anspruchs gegen den Spediteur.

Vgl. 72 Nr. 119 m. N.
BGB. 447. 662. 278; HGB. 346.

Die Klägerin beanspruchte Schadenersatz mit der Behauptung, bei dem von ihr bei der Beklagten lieferbar ab B. gekauften Wagen Orangen sei auf dem Transport von B. nach dem Bestimmungsorte H. dadurch erheblicher Verderb entstanden, daß unterwegs entgegen ihrer Weisung die Luftklappen des Wagens geschlossen gehalten worden seien. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„— — — Nach feststehendem Handelsbrauche liegt beim Versendungskaufe dem Verkäufer die Verpflichtung ob, die Ware dem Käufer an seinen Wohnsitz oder den von ihm bezeichneten anderen Bestimmungsort auch in dem Falle, wo dieser Ort nicht der Erfüllungsort ist, zu übersenden. Da er selbst sich der Regel nach nicht mit dem Transporte befassen wird, hat er an Stelle des Käufers die Versendungsart zu bestimmen und diejenige Person oder Anstalt auszuwählen, die mit der Ausführung der Versendung betraut werden soll. Dabei hat er, wenn der Käufer über die Art der Versendung besondere Anweisung erteilt hat, auch diese zu befolgen. Mit

der Bestimmung des Spediteurs, der Auslieferung des Versandgutes an ihn und der Weitergabe der etwa erteilten besonderen Anweisung des Käufers über die Versendungsart führt aber der Verkäufer nicht etwa einen ihm stillschweigend oder ausdrücklich erteilten Auftrag im Sinne von §§ 662 ff. BGB. aus, sondern erfüllt damit nur die oben erwähnte Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrage und führt damit nur ein Geschäft des Käufers (vgl. SeuffA. 72 Nr. 119). Selbst wenn ihm also der Käufer eine solche besondere Versendungsanweisung erteilt, so wird durch deren Annahme nicht etwa ein neben den Rechtsbeziehungen aus dem Kaufvertrage hergehendes Auftragsverhältnis begründet, das — wäre es rechtlich denkbar — doch erst mit der Beendigung des Transports sein natürliches Ende erreichen könnte. Damit entfällt auch die Möglichkeit, den vom Verkäufer mit der Versendung betrauten Spediteur als seinen Gehülfen in der Ausführung eines Versendungsauftrags (§ 278 BGB.) anzusehen. Als ein Erfüllungsgehülfe der Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage kann aber der Spediteur, der den Transport besorgt, deshalb nicht in Betracht kommen, weil sich der Umfang der Versendungspflicht des Verkäufers in der Auslieferung des Versandgutes an den von ihm ausgewählten Spediteur und in der Weitergabe etwaiger besonderer Anweisung über die Art der Versendung erschöpft. Hat er dies mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausgeführt, so hat er damit alles getan, was ihm zur Erfüllung seiner Verkäuferpflichten oblag. Eine Verantwortung für das weitere Schicksal des auf den Weg gebrachten Gutes trifft ihn nicht. Die weitere Gefahr geht zu Lasten des Käufers (§ 447 Abs. 1 BGB.).

Hiernach könnte die Klägerin Schadenersatzansprüche gegen den Beklagten nur erheben, wenn das Frachtgut infolge der Vernachlässigung seiner Sorgfaltpflicht bei der Auslieferung an den Spediteur unterwegs Schaden erlitten hätte. Behauptungen in der Richtung, daß er bei der Wahl der B.er Lagerhausgesellschaft zur Ausführung der Versendung etwas versehen habe, hat sie nicht aufgestellt. Die Verhandlung hat auch nichts ihn Belastendes hierzu ergeben. Es könnte nur in Betracht kommen, ob er die Nichtausführung der Anweisung, daß die Luftklappen des Wagens offen gehalten werden sollten, verschuldet habe. Aber auch das ist zu verneinen. Die hierzu von der Klägerin erteilte Anweisung hat er an die Lagerhausgesellschaft weitergegeben. Sie ist auch dort rechtzeitig eingetroffen, konnte aber von ihr, obwohl sie sich darum bemüht hat, nicht befolgt werden, weil die deutsche Zollbehörde das Offenbleiben der Luftklappen an einem unverzolltes Gut enthaltenden Wagen nicht gestattete. Da die Lagerhausgesellschaft dem Beklagten keine Mitteilung hiervon machte, durfte er sich darauf verlassen, daß sein Verlangen befolgt worden sei. Als er die erste Nachricht über dessen Nichtbefolgung durch den Brief vom 17. April 1916 erhielt, war der Transport längst beendet. Er hatte also keine Möglichkeit gehabt, Maß-

nahmen zur Verhütung eines Schadens zu treffen und sich mit der Klägerin wegen Einholung einer anderweiten durchführbaren Anweisung in Verbindung zu setzen. Mit Recht hat deshalb das Landgericht die Klage abgewiesen.

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Klägerin ihrem durch das Verderben der Ware entstandenen Schaden nicht doch noch beikommen könnte. Da der Beklagte den Transportvertrag mit der B.er Lagerhausgesellschaft in eigenem Namen abgeschlossen hat, so haftet sie ihm für ordentliche Vertragserfüllung. Hat sie, wie hier nicht weiter untersucht zu werden braucht, durch eine Verletzung ihrer Vertragpflichten gegenüber dem Beklagten eine Verschlechterung des Frachtgutes verschuldet, so hat dieser einen Schadenersatzanspruch gegen sie erlangt, der sich nicht bloß auf die Schadloshaltung für eigene Nachteile, sondern auch auf den Ersatz desjenigen Schadens erstreckt, der dem Käufer erwachsen ist. Letzteren Anspruch müßte sich die Klägerin vom Beklagten zur eigenen Verfolgung abtreten lassen. Ein Recht auf Abtretung steht ihr zu, weil der Beklagte zwar im eigenen Namen, aber für ihre Rechnung mit der Spediteurin abgeschlossen hatte."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 20. Juni 1918 i. S. W. w. A. 1. O 32/18. F—ch.

---

3. Ein Mangel der Ware, der nach dem Gefahrübergang auf den Käufer infolge mangelhafter Verladung entstanden ist, berechtigt den Käufer nicht zur Ablehnung der Annahme, sondern nur zur Aufrechnung seines Schadens gegen den Kaufpreis.

Vgl. 66 Nr. 93 m. N.
BGB. §§ 459, 276ff.

Der Beklagte kaufte von der Klägerin im Februar 1916 10000 kg Ia Diamant-Speise- und Kochsalz frei Waggon München auf Grund der der Vertragsbestätigung beiliegenden gedruckten Bedingungen. Die Verladung des Salzes erfolgte im Auftrage der Klägerin durch die Gewerkschaft Deutschland, Weetzen b. Hannover, in einem offenen Wagen. Das Salz wurde in München durch den Spediteur K. in beschädigtem Zustande von der Bahn abgeholt. Der Beklagte hat die Annahme der Ware verweigert und sie der Klägerin zur Verfügung gestellt. Klägerin klagte auf Zahlung des Kaufpreises von 1680 *M*.

Das Landgericht wies die Klage ab. Vom Ber.-Gericht wurde durch Zwischenurteil erkannt, daß die Klägerin ihre Versendungspflicht schuldhaft verletzt habe und gleichzeitig eine weitere tatsächliche Aufklärung angeordnet. Aus den Gründen:

„Dem Vorderrichter ist insoweit beizustimmen, als er die Klägerin für das Eintreffen des Salzes in beschädigtem Zustande an dem Wohnsitz des Beklagten an sich verantwortlich macht. Zwar ist es richtig, daß Erfüllungsort für die Leistung der Klägerin der Sitz der Gewerkschaft Deutschland, mit-

hin Weetzen bei Hannover war, und daß demgemäß die Gefahr des Transports der Ware nach dem Wohnsitze des Käufers dieser zu tragen hatte. Das verkennt aber auch das Landgericht nicht. Wenn es sich hier auch um einen Mangel handelt, der erst nach der Zeit des Gefahrüberganges eingetreten ist, so hat die Klägerin gleichwohl den Mangel zu vertreten, weil es zu ihrem Pflichtenkreise gehörte, für die ordnungsmäßige Verladung der Ware zu sorgen und weil der Mangel infolge der schuldhaften Verletzung dieser Verpflichtung entstanden ist (wird näher ausgeführt).

Das Landgericht hätte aber nicht ohne weiteres die Klage abweisen dürfen. Das Salz ist offenbar in ordnungsmäßigem Zustand in Weetzen verladen worden. Der Mangel ist sonach erst auf dem Transporte, also nach der Zeit des Gefahrüberganges, entstanden (§ 447 BGB.). Von einer Gewährleistungspflicht kann sonach keine Rede mehr sein. Die Anwendung der §§ 459 ff. BGB. ist ausgeschlossen, weil ihre Voraussetzungen nicht vorliegen.

Der Beklagte konnte aber aus dem auch für den Kaufvertrag anzuwendenden allgemeinen Rechtssatz, daß derjenige, welcher eine Verbindlichkeit schuldhaft verletzt, dem anderen Teile den hierdurch verursachten Schaden zu ersetzen hat, von der Klägerin Ersatz des ihm durch die schuldhafte Verletzung der Versendungspflicht erwachsenen Schadens verlangen (vgl. RGEntsch. 55, 201). Mit dieser Schadenersatzforderung könnte Beklagter gegen die Kaufpreisforderung aufrechnen. In dieser Beziehung bedarf die Sache noch weiterer Aufklärung."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 6 Juni 1918. H. O. L. w. A. M. Bf. III 397/17. Nö.

---

4. Zulässigkeit der bedingten Kündigung eines Mietvertrags.

Vgl. 57 Nr. 60 m. N.; 62 Nr. 248.
BGB. §§ 565. 158.

Die Parteien schlossen am 21. Januar 1917 einen Vertrag, nach dem die Beklagte von der Klägerin die in der Osterstraße 98/104 befindliche Kraftwagenhalle zum Lagern und Einsalzen von Fleischwaren zum jährlichen Mietpreise von 8000 *M* mietete, die Miete voraus zahlbar in vierteljährlichen Raten von 2000 *M*. Die Beklagte wollte in der Kraftwagenhalle eine Fleischbereitungsanlage errichten. Die Baupolizeibehörde beschied die Beklagte auf Anfrage dahin, daß die Genehmigung zu dieser Anlage erst erteilt werden könne, wenn ihr der Nachweis der Standsicherheit der Halle erbracht wäre. Die Beklagte gab der Klägerin durch Brief vom 31. Januar 1917 von diesem Bescheid Nachricht, unter dem Hinweis, daß sie die Halle zufolge dieser Auskunft bis auf weiteres nicht in Benutzung nehmen könne und daher für sie der Mietvertrag hinfällig sei, falls nicht die Klägerin den verlangten Nachweis der Standsicherheit der Polizeibehörde erbringe. Die Beklagte setzte der Klägerin hierzu eine Frist bis zum 3. Februar,

mittags 12 Uhr. Diese Frist ist fruchtlos abgelaufen. Die Beklagte hat die Mieträume nicht in Benutzung genommen. Die Klage auf Zahlung der am 1. Oktober 1917 fälligen Mietrate wurde abgewiesen. Aus den Gründen:

„Die Beklagte hatte die Kraftwagenhalle zu einem genau bestimmten Zweck, nämlich zum Lagern und Einsalzen von Fleischwaren gemietet und wollte zur Erreichung dieses Zweckes eine Fleischbereitungsanlage errichten. Durch den unter dem 30. Januar 1917 ihr von der Baupolizeibehörde erteilten Bescheid stand für sie fest, daß sie den gemieteten Gegenstand vorerst nicht für ihre Zwecke würde benutzen können, da die Genehmigung des Betriebes in der Halle vom Nachweise der für die Aufnahme großer Lasten genügenden Standsicherheit abhängig gemacht worden war. Ihr Schreiben vom 31. Januar 1917 enthält in diesem Zusammenhang in den Worten: ‚infolgedessen ist der Mietvertrag für mich hinfällig, falls Sie nicht den verlangten Nachweis der Standsicherheit der Baupolizeibehörde erbringen. Hierzu gebe ich Ihnen eine Frist bis zum 3. Februar 12 Uhr mittags‘, eine bedingte Kündigung des Vertrags. Der Gebrauch des Wortes ‚Kündigung‘ oder ‚kündigen‘ ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn aus den Umständen der Wille klar hervorgeht, das Vertragverhältnis zu beendigen, und dieser Wille dem anderen Teil genügend zu erkennen gegeben wird.

Diese Voraussetzungen sind hier, wo der Rücktritt vom Vertrag ausgesprochen worden ist, vorhanden. Insbesondere erhellt der Standpunkt der Beklagten auch aus ihrem weiteren Verhalten. Sie hat die Schlüssel abgeliefert und sich jeder Verfügung über die Halle enthalten.

Allerdings war diese Kündigung unter eine Bedingung gestellt, und es ist streitig, ob dies rechtswirksam geschehen konnte. Die überwiegende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung, welcher das Berufungsgericht beitritt, fordert für den Regelfall die Unbedingtheit der Kündigung (vgl. die Zusammenstellung bei Mittelstein, Miete, Aufl. 3, § 66, 3 S. 417 Anm.). Im Hinblick darauf aber, daß das Gesetz selbst von einer Nichtigkeit einer bedingten Kündigung nichts enthält, und daß andererseits das Hinzusetzen einer Bedingung der Natur der Kündigung nicht ohne weiteres zuwiderläuft, wird vielfach eine bedingte Kündigung dann für gültig erachtet, wenn die Entscheidung über den Eintritt oder Ausfall der Bedingung vom bloßen Willen des Kündigungsempfängers abhängig gemacht worden ist (sogenannte Potestativbedingung). In solchem Falle kann für den Kündigungsempfänger hinsichtlich der Fortdauer des Vertragverhältnisses keinerlei Ungewißheit bestehen.

Vgl. Staudinger Bd. I, S. 590, Bd. II, S. 942/43, Komm. RGR. § 565 Anm. 4, SeuffA. 57, Nr. 60; 62, Nr. 248.

Nun war allerdings im vorliegenden Falle die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung insoweit nicht in den Willen der Klägerin verstellt, als der von der Beklagten verlangte Nachweis der Standsicherheit

von der Baupolizeibehörde beschafft werden mußte und von deren Befinden abhing. Allein der für die Zulassung sogenannter Potestativbedingungen maßgebliche Gesichtspunkt, daß der Kündigungsempfänger über das Fortbestehen oder die Beendigung des Vertragverhältnisses im Klaren ist, trifft auch hier zu. Die Baupolizeibehörde hatte die Genehmigung für die Fertigstellung der Fleischzubereitungsanlage von dem Nachweis der Standsicherheit der Halle abhängig gemacht. Die Beklagte erklärte, sie erachte den Vertrag als hinfällig, falls nicht die Klägerin binnen drei Tagen den gewünschten Nachweis erbringe. Daß ein solcher Nachweis und die Entscheidung der Behörde nicht binnen drei Tagen zu beschaffen war, konnte den Parteien nicht wohl entgehen. Es handelte sich also nur um eine Art von Förmlichkeit. Wie dem aber auch sei, mit dem fruchtlosen Ablauf der dreitägigen Frist war die Rücktritterklärung der Beklagten unbedingt geworden, und es bestand somit auch für die Klägerin alsbald nicht die geringste Ungewißheit über die zukünftige Sach- und Rechtslage mehr.

Unter diesen Umständen erachtet das Berufungsgericht auch im vorliegenden Falle die bedingt ausgesprochene Lossagung vom Vertrage als rechtswirksame Kündigung desselben, und zwar auf den zunächst zulässigen Zeitpunkt."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 8. Okt. 1918. Ph. S. w. K. Schr. Bf. VI. 156/18. Nö.

---

5. Leibrentenvertrag oder Vertrag betr. allmähliche Tilgung einer Darlehnsschuld?

BGB. § 761, 397.

Nach einem Schuldschein schuldete die Mutter des Beklagten, Frau R. Sch., einem gewissen E. J. in A. ℳ 4000 aus einem Darlehen, das regelmäßig mit 4% zu verzinsen und auf Wunsch jederzeit zurückzuzahlen war. Der Beklagte übernahm dafür die Bürgschaft. Die Klägerin ist gesetzliche Erbin des E. J. und dessen Ehefrau, der Beklagte neben anderen Miterben Erbe seiner Mutter geworden. Klägerin nahm den Beklagten als Bürgen aus dem Schuldschein in Anspruch. Beklagter verweigerte die Zahlung. Er machte u. a. geltend, die Eheleute J. hätten nach dem Tode seiner Mutter auf die Rückzahlung des Darlehns abseiten des Beklagten als Bürgen und Miterben der Frau Sch. und der übrigen Miterben der Frau Sch. verzichtet. Der Beklagte sei alsbald nach der Beerdigung der Mutter im Auftrage seiner Geschwister zu den J.'schen Eheleuten gereist. Diese hätten ihm erklärt:

„Sie verzichteten auf die Rückzahlung des Darlehns, da sie wüßten, daß die verstorbene Frau Sch. nichts hinterlassen habe. Nun aber seien sie selbst genötigt, darauf zu sehen, daß ihre Einkünfte sich nicht verringerten: sie bäten daher den Beklagten, daß er ihnen die Zinsen und vierteljährlich 50 ℳ zahle, und zwar bis zum Tode des Längstlebenden von ihnen. Eine von ihm zu übernehmende Verpflichtung



ende ja dann mit dem Tode des Längstlebenden von ihnen. Dafür solle Beklagter sie ja dann auch niemals im Stich lassen, so lange sie lebten."

Beklagter habe derzeit diese Erklärung der J.'schen Eheleute angenommen und aus Dankbarkeit denselben statt der 4% igen eine 6% ige Verzinsung neben den vereinbarten vierteljährlichen Sonderzahlungen von ℳ 50 zugesagt, was wiederum ihrerseits die J.'schen Eheleute angenommen hätten. Daher sei nach dem Tode der beiden Eheleute J. die Schuldverbindlichkeit aus dem Darlehn und der Bürgschaft erloschen.

Die Klägerin hat u. a. entgegnet, daß diese angebliche Vereinbarung einen Leibrentenvertrag enthalte und wegen der mangelnden Schriftform nichtig sei. Dieser Standpunkt wurde vom Gericht zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Unterstellt man die Richtigkeit der vom Beklagten behaupteten Vereinbarung, so würde darin unter den obwaltenden Umständen die Vereinbarung eines gemäß § 761 BGB. Schriftform erfordernden Leibrentenvertrags nicht zu sehen sein. Dagegen spricht vor allem die Veranlassung, die zu dem angeblichen Abkommen geführt hat. Die Hauptschuldnerin des Darlehns Frau R. Sch. war gestorben, ihr Nachlaß überschuldet und die übrigen Erben der Schuldnerin sowohl wie der Beklagte als Miterbe und Bürge sahen sich vor der Notwendigkeit, die Schuld abzutragen und weiter zu verzinsen. Die Erledigung der Sache wurde dann zwischen dem Beklagten und den Eheleuten J. zur Sprache gebracht. Hierbei soll die betreffende Verabredung getroffen sein.

Unter diesen Umständen kann die vom Beklagten behauptete Beredung — den tatsächlichen Abschluß vorausgesetzt — nicht als die Neuvereinbarung eines auf die Begründung eines Leibrentenvertrags gerichteten Abkommens, sondern nur als die Festsetzung gewisser Tilgungsmodalitäten hinsichtlich der bestehenden Darlehns- und Bürgschaftsschuld angesehen werden. Die Verabredung ist ein bedingter Erlaß der Bürgschaftsschuld, die Bedingung des Erlasses die Innehaltung der vom Beklagten übernommenen Verzinsungs- und Zahlungsverpflichtungen. Demgemäß ist die Vereinbarung auch keine letztwillige Schenkung bezw. ein Schulderlaß auf den Todesfall und unterliegt auch aus diesem Grunde nicht den für letztwillige Verfügungen bestehenden Formvorschriften. Es handelt sich vielmehr um ein Geschäft unter Lebenden, nämlich einen bereits mit dem Abschluß der Vereinbarung wirksamen Schulderlaß, auflösend bedingt durch die Nichteinhaltung der seitens des Beklagten übernommenen Verzinsungs- und Zahlungsverpflichtungen. Ein solches Abkommen ist formlos rechtsverbindlich. Wäre es bewiesen, so würde der Schulderlaß somit für wirksam geworden und der Klaganspruch für unbegründet zu erachten sein."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 11. Mai 1918 E. P. w. R. Sch. Bf. VI. 387/17. Nö.

6. Beeinträchtigung des Pfandrechts an Gewinnanteilen bei einer Ges. m. b. H.; Unterlassungsklage*.

*Vgl. 69 Nr. 105 m. N.

BGB. § 823.

Die Klägerin ließ auf Grund gegen K. erwirkter Arrestbefehle dessen Geschäfts- und Gewinnanteile bei der Beklagten G. m. b. H. pfänden. Sie klagte sodann auf Unterlassung jeder ihr Pfandrecht beeinträchtigenden Handlung und auf Feststellung der Schadenersatzpflicht der Beklagten bei etwaigen Zuwiderhandlungen. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab, die Revision blieb erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Durch die Pfändung der Geschäfts- und Gewinnanteile hat die Klägerin nach §§ 930, 804 ZPO. ein Pfandrecht verlangt. Den diesem Pfandrecht gebührenden Schutz will das Kammergericht aus dem nach § 1273 Abs. 2 BGB. zur entsprechenden Anwendung gelangenden § 1227 BGB. herleiten. Diese Vorschrift bezieht sich aber unmittelbar nur auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen; ihre entsprechende Anwendung auf das Pfandrecht an einem Rechte ist deshalb höchstens dann möglich, wenn auch hier der Pfandgläubiger in den Besitz eines körperlichen Gegenstandes, z. B. einer Urkunde, gelangt ist. Dagegen ist jedes Pfandrecht ein im § 823 Abs. 1 BGB. dem Eigentum gleichgestelltes „sonstiges Recht". Dem Pfandgläubiger steht danach wegen Verletzung seines Pfandrechts der Anspruch auf Schadenersatz zu, auf dessen Feststellung vorliegend die Klägerin ebenfalls anträgt, außerdem aber auch die in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte, auf rechtsähnlicher Anwendung des § 1004 BGB. beruhende Klage auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen, wenn diese ernstlich zu befürchten sind. Darüber hinaus wird neuerdings die Unterlassungsklage auch dann zugelassen, wenn eine Rechtsverletzung noch nicht stattgefunden hat, aber erkennbar ernstlich vorbereitet ist (vgl. Bem. 6^{I} vor § 823 i. Komm. d. RGR. z. BGB).

Eine Verletzung des Pfandrechts der Klägerin könnte an sich in zweierlei Art bewirkt werden. Es könnte der erzielte und bilanzmäßig festgestellte Gewinn trotz des bestehenden Pfandrechts an den Inhaber der Geschäftsanteile ausgezahlt werden, es könnten aber auch die Geschäfte absichtlich so geführt werden, daß ein auszahlungsfähiger Gewinn überhaupt nicht entsteht, der etwa erzielte Gewinn aber gleichwohl dem Inhaber der Geschäftsanteile zugute kommt. Auch in diesem letzteren Falle würde sich das Handeln der Beklagten wenigstens mittelbar gegen das Pfandrecht der Klägerin richten. Eine rechtswidrige Auszahlung von Gewinn durch die Beklagte ist nicht festgestellt, sie ist auch nach den, von der Revision selbst nicht in Zweifel gezogenen, Darlegungen des Kammergerichts für die Zukunft nicht zu besorgen. Als erwiesen hat der Berufungsrichter dagegen angenommen, daß die Beklagte in mannigfachen Fällen über ihre

Vermögensgegenstände zu Gunsten des L. und seiner Familie verfügt und damit den etwa im Betriebe ihres Geschäfts erzielten Gewinn vermindert hat. Derartige Handlungen sind aber nur für die Zeit vor der Pfändung der Geschäfts- und Gewinnanteile durch die Klägerin festgestellt und das Kammergericht hat es abgelehnt, daraus für die Zukunft zu Ungunsten der Beklagten Schlüsse zu ziehen. Die Feststellung als solche ist von der Revision nicht bemängelt, nur meint die Klägerin, daß die vom Berufungsrichter abgelehnten Schlüsse gleichwohl gerechtfertigt seien. Es ist indessen nicht ersichtlich, daß die Annahme des Kammergerichts von Rechtsirrtum beeinflußt wäre. Eine G. m. b. H., die nicht auf Pfandrechte an den Gewinnanteilen ihrer Gesellschafter Rücksicht zu nehmen hat, steht in der Tat freier da, als wenn dieser Fall zutrifft. Wenn dazu noch, wie vorliegend zu unterstellen, der alleinige Geschäftsführer L. gleichzeitig der einzige Inhaber der Geschäftsanteile war, so machte es für die Gläubiger des L. nichts aus, ob ihm der Ertrag des Geschäfts als festgestellter Gewinn oder unmittelbar zugewendet wurde".

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 14. Mai 1918. N. K. AG. w. L. (KG. Berlin). VII. 51/18.

---

7. Sorgfaltspflicht des Inhabers eines zahnärztlichen Instituts bei der Auswahl seiner Angestellten.

BGB. § 831.

Der Vater der minderjährigen Klägerin ließ diese in dem „zahnärztlichen Ambulatorium" des Beklagten durch den daselbst angestellten Dentisten W. behandeln. Die Klägerin klagte auf Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten für allen ihr dabei durch fachwidrige Behandlung entstandenen Schaden. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab. Es verneinte das Bestehen eines Vertragverhältnisses zwischen den Parteien und erachtete den Entlastungsbeweis gemäß § 831 BGB. durch den Beklagten als geführt. Das Reichsgericht gab der Klage statt.

„Es steht fest, daß der Schaden, den die Klägerin erlitten hat, ihr durch W. in Ausführung von Verrichtungen widerrechtlich zugefügt worden ist, zu denen der Beklagte ihn bestellt hatte. Der Beklagte haftet, wenn er nicht den ihm nach § 831 offenstehenden Entlastungsbeweis führt. Ein solcher war in der ersten Instanz überhaupt nicht angeboten und in der zweiten nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils nur in der Gestalt: „der Beklagte macht geltend, daß er lediglich Kaufmann und geschäftlicher Leiter des Instituts sei, und daß er bei der Auswahl der beschäftigten Zahnärzte und Techniker alle Sorgfalt beachtet habe, und der Vorderrichter hat nicht so sehr über letzteres, als vielmehr darüber Beweis erhoben, welche Qualifikation zur Ausübung der Zahnheilkunde W. besessen habe. Er hat, nachdem der als Zeuge und Sachverständiger vernommene Zahnarzt

M. bekundet hatte, daß W. nach mehrsemestrigem Studium der Medizin in sehr guten Praxen sich seine technischen Kenntnisse erworben habe und schon ein Jahr beim Beklagten beschäftigt gewesen sei, ohne nähere Begründung den Entlastungsbeweis für geführt angesehen.

Das ist rechtsirrtümlich. Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der Vorderrichter davon ausgeht, daß darin nicht schon ein Verschulden liegt, daß der Beklagte, obwohl auf diesem Gebiet Laie, ein „zahnärztliches Ambulatorium" gewerblich betreibt und sich damit dem Publikum zu zahnärztlicher Behandlung anbietet, die er durch Fachmänner als Angestellte seines Instituts ausüben läßt. Aber gerade darum, weil er selbst von der Sache nichts versteht, wird er um so sorgfältiger bei der Auswahl der Kräfte verfahren müssen, denen er die Behandlung der Patienten anvertraut. Darüber, was nach dieser Richtung der Beklagte in Beziehung auf W. getan hat, ist kein Beweis erhoben und nicht einmal eine Behauptung aufgestellt. Es könnte in Frage kommen, ob dieser Mangel ausgeglichen sei, wenn der erhobene Beweis ergeben hätte, daß W. eine in jeder Beziehung seiner Aufgabe gewachsene Persönlichkeit ist, worauf von vornherein der Beweissatz abgestellt war. Aber dieser Beweis kann nicht durch das für erbracht gelten, was M. hat mitteilen können. Daß W. mehrere Semester Medizin studiert hat, muß nicht zu seiner Empfehlung dienen, kann vielmehr auch gerade zu seinen Ungunsten gedeutet werden, und wenn man erfährt, daß er sich in guten Praxen ausgebildet hat, so kommt es weniger darauf an, wo es geschehen ist, als vielmehr wie und mit welchem Erfolge. — Wenn ferner auch nicht davon die Rede sein kann, daß der Beklagte als Laie in Beziehung auf die eigentlich fachmännische Tätigkeit seiner Angestellten als solche eine leitende Tätigkeit hätte ausüben müssen, so war es doch seine Sache, als Unternehmer des Instituts dafür zu sorgen, daß der Betrieb im ganzen in der erforderlichen Weise organisiert und im einzelnen den an ein solches Institut zu stellenden Anforderungen entsprechend durchgeführt wurde. Es ist zu beachten, daß der Beklagte sein Institut als ein zahnärztliches bezeichnet, was bei dem vielerörterten und allgemein bekannten Gegensatz zwischen Zahnärzten und Zahntechnikern im Publikum die Vorstellung erwecken muß, daß es, wenn es sich an ihn wendet, gerade auch auf Behandlung durch einen Zahnarzt rechnen kann. Kann demgegenüber auch nicht ohne weiteres beanstandet werden, daß der Beklagte außer einem oder mehreren Zahnärzten noch Zahntechniker angestellt hat, so muß doch Vorsorge getroffen sein, daß genau bestimmt wird, in welcher Weise, in welchem Umfange und unter welchen Voraussetzungen die nur technisch ausgebildeten Angestellten mehr oder weniger selbständig verfahren dürfen. Mag man noch im übrigen über den Unterschied zwischen Zahnarzt und Zahntechniker denken, wie man wolle, immer wird für den Techniker wie auch für den Zahnarzt eine Grenze gezogen

sein, wo er im gegebenen Falle erkennen muß, daß zum Verständnis der Erkrankung und zur weiteren zweckentsprechenden Behandlung die Zuziehung eines in der gesamten Wissenschaft ausgebildeten Arztes erforderlich wird. Der Leiter eines zahnärztlichen Instituts muß sich vergewissern, ob der Mann, den er anstellen will, die hierzu erforderliche Umsicht besitzt und darauf dringen, daß der Angestellte es tut. Im vorliegenden Falle erhebt die Klägerin gerade den Vorwurf, daß es hierin schon bei der Entfernung der Platte versehen worden sei. Das hat der Beklagte allerdings bestritten und aufgeklärt ist es nicht. Aber es bedarf dessen auch nicht für die gegenwärtige Entscheidung. Nach der Sachlage mit Rücksicht auf den § 831 BGB. ist der gegen den Beklagten erhobene Anspruch liquide und der Rechtsstreit reif zur Entscheidung, weil dieser den ihm obliegenden Beweis nicht nur nicht geführt sondern überhaupt nicht in der erforderlichen Weise angetreten hat." —. — —

Urteil des Reichsgerichts (6. Senat) v. 29. April 1918. K. w. W. (KG. Berlin). VI. 58/18.

---

8. Beginn der Verjährung nach § 852 BGB.*; Rechtskraftwirkung des die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils.**

*Vgl. 69 Nr. 241 m. N.; **vgl. 39 Nr. 57; 48 Nr. 69; 52 Nr. 121.
BGB. 852; ZPO. §§ 322, 256.

Der Kläger fordert auf Grund von §§ 823, 843, 847 BGB., wegen eines vom 9. November 1905 erlittenen Unfalls, der seine Erwerbsfähigkeit völlig aufgehoben und ihm auch nichtvermögensrechtlichen Schaden verursacht habe, von der Beklagten Schadenersatz durch Entrichtung einer Geldrente und Zahlung eines Schmerzensgeldes. Die Klage wurde in 2. Instanz abgewiesen. Die Revision war erfolglos.

„Das Berufungsgericht hat die im November 1911 erhobene Klage auf Grund der Einrede der Verjährung abgewiesen. Es nimmt an, daß der Kläger von dem Schaden spätestens Ende Oktober 1907 Kenntnis im Sinne von § 852 BGB. erlangt habe. Die dafür gegebenen Ausführungen werden von der Revision ohne Grund beanstandet. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist ‚Kenntnis des Schadens' die Kenntnis der schädlichen Folgen der unerlaubten Handlung im allgemeinen; der gesamte, aus einer solchen entspringende Schaden stellt eine Einheit dar und erscheint nicht als eine Summe einzelner, selbständiger, unzusammenhängender Schäden; die Ungewißheit über die Höhe und den Umfang des Schadens schließt deshalb den Beginn der Verjährung nicht aus; alle Folgezustände, die in dem Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis des Schadens überhaupt auch nur als möglich vorauszusehen waren, gelten durch die allgemeine Kenntnis des Schadens als dem Verletzten bekannt geworden (Warneyer, Rechtspr. 1913 Nr. 443). Das Berufungsgericht hat

festgestellt, daß Ende Oktober 1907 das Krankheitsbild, soweit es auf den Unfall zurückzuführen ist, ein abgeschlossenes war; es hatte sich beim Kläger damals bereits ein Leiden herausgebildet, das die volle dauernde Erwerbsunfähigkeit herbeigeführt hatte. Von einer Verschlimmerung des Leidens kann daher, soweit es sich um die Erwerbsfähigkeit des Klägers handelt, nicht die Rede sein; aber auch nicht jede Verschlimmerung rechtfertigt die Annahme, daß die Kenntnis wenigstens des Schadens, der durch die Verschlimmerung entstanden, erst mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Verschlimmerung erlangt worden sei. Nur in Fällen, in denen sich schwere Folgezustände bei anscheinend ganz leichten Verletzungen erst später unerwartet einstellen, wird regelmäßig der Beginn der Verjährung erst von dem Zeitpunkt an zu rechnen sein, in dem der Verletzte Kenntnis von dem nachträglich eingetretenen Folgezustand erhielt. Als ein solcher Fall kann es aber in der Regel auch nicht angesehen werden, wenn nachträglich infolge des durch die Verletzung hervorgerufenen Leidens sich Schmerzen einstellen. Es kommt weiter in Betracht, daß der Kläger das Schmerzensgeld von 20000 ℳ nicht bloß wegen physischer Schmerzen, sondern besonders deswegen fordert, weil eine Besserung in seinem Zustand nicht eingetreten sei, er vielmehr durch den Unfall und seine verheerenden Wirkungen körperlich und seelisch aus dem Gleichgewicht gekommen sei, früher ein lebensfroher, arbeitsfreudiger Mann mit vielseitigen Interessen gewesen und jetzt ein vollkommen gebrochener Mann sei. Ein solcher Zustand oder doch ein solcher, aus dem sich jener voraussichtlich entwickeln konnte, war aber, wie das Berufungsgericht feststellt, bereits Ende Oktober 1907 vorhanden und wenn er sich auch im Laufe der Zeit verschlimmert haben mag, so ist damit noch nicht, wie die Revision meint, ein neuer Tatbestand gegeben, der für den hierdurch entstandenen Schadenersatzanspruch die Verjährungsfrist des § 852 BGB. erst in Lauf gesetzt hätte. — — —

In einem Vorprozeß hatte der Kläger Zahlung von 50 ℳ Arztkosten, die er infolge des Unfalls hatte aufwenden müssen, gefordert; die Beklagte, die jede Schadenersatzpflicht bestritt, beantragte neben der Abweisung der Klage widerklagend die Feststellung, daß dem Kläger aus dem angeblichen Unfall ein Anspruch nicht zustehe. Der Klaganspruch wurde vom Landgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Widerklage abgewiesen; Berufung und Revision der Beklagten wurden zurückgewiesen. Der Kläger glaubt hieraus folgern zu können, daß damit rechtskräftig festgestellt sei, die Beklagte habe ihm allen durch den Unfall entstandenen Schaden zu ersetzen, so daß für die Klagansprüche nicht die 3jährige Verjährungsfrist des § 852 BGB. sondern die 30jährige Verjährungsfrist des § 218 BGB. in Frage komme. Das Berufungsgericht ist dieser Auffassung mit Rücksicht auf die Begründung des Berufungsurteils im Vorprozesse entgegengetreten. In diesem Urteil heißt es, nachdem ausgeführt worden, daß

die Beklagte den Unfall des Klägers schuldhaft herbeigeführt und sowohl nach § 823, wie nach § 831 BGB. zu haften habe, sowie daß nach dem Gutachten des ärztlichen Sachverständigen der Unfall eine Krankheit des Klägers verursacht habe: „daß dem Kläger überhaupt Heilungskosten entstanden sind, ist nach dem Gutachten nicht zweifelhaft; dem Grunde nach ist danach der Klaganspruch begründet und die Widerklage hinfällig, da dem Kläger irgendein Anspruch jedenfalls zusteht." In dem jetzt angefochtenen Urteile führt das Berufungsgericht aus: die Abweisung der negativen Feststellungsklage im Vorprozeß sei lediglich mit der Begründung erfolgt, daß dem Kläger ein Anspruch auf Heilungskosten zustehe, und daß deshalb die begehrte Feststellung, daß dem Kläger irgendein Anspruch nicht zustehe, unbegründet sei; in einem solchen Falle habe die Abweisung der negativen Feststellungsklage keinerlei positive Rechtskraftwirkung über diejenige der Entscheidung auf die Klage hinaus.

Auch die hiergegen gerichteten Ausführungen können der Revision nicht zum Erfolg verhelfen; dem Berufungsgericht ist vielmehr darin beizutreten, daß die rechtskräftige Abweisung der negativen Feststellungswiderklage im Vorprozeß für den Kläger zugunsten des jetzt eingeklagten weiteren Schadenersatzanspruchs Rechtskraft nicht geschaffen hat. Es ist zwar richtig, daß das Reichsgericht seit dem Urteil v. 4. Jan. 1892 (RGEntsch. 29, S. 345) in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten hat, daß das Urteil, das eine auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtete Klage aus sachlichen Gründen abweist, zugleich eine der Rechtskraft fähige Feststellung des betreffenden Rechtsverhältnisses enthält; es ist aber auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß die Entscheidungsgründe, wenngleich sie auch selbst nicht in Rechtskraft übergehen, zur Klarstellung des Inhalts und der Tragweite der Entscheidung herangezogen werden müssen und daß sich dies bei Urteilen, die auf Abweisung der Klage lauten, schon zur Feststellung des Anspruchs nötig macht, über den entschieden worden ist. So hat denn der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts in dem bei Warneyer 1913, Nr. 278 abgedruckten Urteile ausgeführt: da die Gründe des Berufungsurteils darüber keinen Zweifel ließen, daß die Abweisung der Feststellungsklage nur darauf beruhe, daß das Berufungsgericht den mit ihr bekämpften Anspruch des Beklagten wenigstens in Höhe von 150 ℳ für dargetan erachte und daß es mit der Klagabweisung eine Entscheidung darüber, ob der Anspruch, insoweit er diesen Betrag übersteige, bestehe oder nicht bestehe, garnicht treffen wolle, weil es sich einer Entscheidung darüber durch die allgemeine Fassung des Feststellungsantrags für überhoben halte, so sei der Abweisung der Feststellungsklage auch nur eine dementsprechende Tragweite zuzuerkennen. Auch der erkennende Senat hat neuerdings in dem Urteil vom 24. Mai 1917 (RGEntsch. 90, 290) dargelegt, daß der Umfang der Rechtskraft einer die

negative Feststellungswiderklage abweisenden Entscheidung sich erst aus der Bedeutung und der Tragweite der abweisenden Entscheidung, die sich im Einzelfalle verschieden gestalten könne, ergebe und daß für die Feststellung dieser Tragweite die Begründung des abweisenden Urteils im Zusammenhang mit der Urteilsformel maßgebend sei, und hat weiter ausgeführt, daß, falls die Widerklage allein deshalb abgewiesen worden, weil dem Kläger eben der eingeklagte Teilanspruch zustehe und deshalb die Widerklage, daß ihm überhaupt ein Anspruch nicht zustehe, unbegründet sei, die Abweisung der negativen Feststellungswiderklage keinerlei positive Rechtskraftwirkung über diejenige der Entscheidung auf die Klage hinaus habe daß sich vielmehr beide Entscheidungen inhaltlich decken. Aus diesen Grundsätzen, an denen festzuhalten ist, ergibt sich, daß auch im vorliegenden Falle, der namentlich dem in dem zuletzterwähnten Urteil entschiedenen Falle völlig gleichliegt, dem im Vorprozeß ergangenen Urteile nach der ihm beigegebenen Begründung nur jene beschränkte Rechtskraftwirkung zuerkannt werden kann. Mag auch der in diesem Urteil vertretene Standpunkt vielleicht nicht richtig sein, insofern er das mit der Feststellungswiderklage verfolgte Interesse nicht befriedigt, den mit ihr verbundenen Antrag nicht erledigt (vgl. das vorstehend angezogene Urteil des 5. Zivilsenats), so ergibt sich daraus doch nur soviel, daß die dem Kläger außer dem mit der Klage verfolgten Anspruch auf Zahlung von 50 M Arztkosten etwa noch zustehenden Ansprüche auf Schadenersatz wegen Aufhebung seiner Erwerbsfähigkeit und auf Schmerzensgeld durch das Urteil in keiner Weise berührt werden, der Kläger sie geltend machen und die Beklagte Einwendungen dagegen erheben kann, keinesfalls aber, daß dem Kläger Ansprüche zuerkannt worden wären, über die das Urteil nach der ihm beigegebenen Begründung ausdrücklich abgelehnt hat, eine Entscheidung zu treffen.“ — — —

Urteil des Reichsgerichts (6. Senat) v. 8. April 1918. B. w. Allg. B. O. AG. (KG. Berlin). VI. 373/17.

---

9. Mittelbare Zuwendung als unentgeltliche Verfügung i. S. des § 3 Nr. 4 Anf.-Ges.; eine Rückgewähr an den Schuldner zu dem Zwecke alsbaldiger anderweitiger Verschiebung des betreffenden Betrags steht dem Anspruch aus § 7 Anf.-Ges. nicht entgegen.*

*Vgl. 65 Nr. 99 m. N.
Anf.-Ges. § 4 Nr. 3. § 7.

Der verstorbene Ehemann der Beklagten trat laut Urkunde vom 20. Nov. 1911 eine ihm zustehende Hypothek von M 20000 an die Beklagte und diese die Hypothek laut Urkunde vom 23. dess. Monats an die Witwe S. ab, wogegen letztere am gleichen Tage zu Gunsten des Ehemanns der Beklagten einen Scheck über 10000 M ausstellte, während

sie gegen den Rest des Entgeltes mit einer ihr gegen diesen zustehenden Darlehnsforderung aufrechnete. Diesen Scheck gab der Ehemann anfangs Januar 1913 an die Witwe S. mit dem Auftrage zurück, die 10 000 ℳ dem Konto der Beklagten bei der Vereinsbank in Kiel zu überweisen. Dem kam die Witwe S. nach. Der Kläger, der gegen den Ehemann der Beklagten ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung von mehr als ℳ 25 000 erwirkt und in dessen Vermögen die Zwangsvollstreckung furchtlos versucht hatte, focht auf Grund des § 3 Nr. 1 und 4 des Anf.-Ges. die Zuweisung der 10000 ℳ an. Die Beklagte wurde in allen Instanzen zur Zahlung von 10 000 ℳ verurteilt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Die Annahme des Berufungsrichters, daß die mittelbare Zuwendung der 10 000 ℳ an die Beklagte eine unentgeltliche Verfügung im Sinne der Nr. 4 des § 3 Anf.-Ges. war, wird getragen durch dessen auf Grund der erhobenen Beweise erfolgte tatsächliche Feststellung, daß die Beklagte ihrem Ehemann gegenüber eine vertragliche Verpflichtung, die ihr überwiesenen 10000 ℳ an dritte Personen auszuzahlen, nicht übernommen hat. Denn ohne eine solche vertragliche Bindung kann von einem vereinbarten Entgelt, einer Gegenleistung für die Zuwendung keine Rede sein. — — —

Ist aber hiernach am Vorliegen einer unentgeltlichen Verfügung festzuhalten, so trifft auch zu, daß der auf Grund der Bestimmungen des § 3 Nr. 4 und des § 7 Anf.-Ges. somit an sich gegebene Anspruch auf Zurückgewährung nicht dadurch wieder hinfällig geworden ist, daß an die Kinder I. und II. Ehe des Schuldners Zahlungen in Höhe des unentgeltlich zugewendeten Betrags erfolgt sind. In dieser Hinsicht entfällt zunächst die Anwendbarkeit des Absatzes 2 des angezogenen § 7, weil die Beklagte nach der Feststellung des Berufungsrichters bei dem Empfang der ℳ 10 000 keineswegs gutgläubig war, sondern die Absicht ihres Ehemanns, durch die Zuwendung seine Gläubiger zu benachteiligen, kannte.

Der Berufungsrichter hat aber auch in den Zahlungen an die Kinder des Schuldners eine die Anfechtungsbeklagte von ihrer aus § 7 Abs. 1 sich ergebenden Verpflichtung befreiende Rückgewähr des Gegenstandes der angefochtenen Rechtshandlung in das Vermögen des Schuldners mit Recht nicht gefunden. Wenn im Berufungsurteil gesagt ist, es sei erwiesen, daß der Ehemann der Beklagten ℳ 2000 an seine Tochter I. Ehe „gesandt" habe, so sind doch die Ausführungen des Berufungsrichters in ihrem Zusammenhalt dahin zu verstehen, daß die Beklagte selbst es war, die auch diese 2000 ℳ, die ihr bei der Bank zur Verfügung standen, zur Auszahlung an die Tochter verwendete, wenn sie sich auch zum Zwecke der Zusendung ihres Ehemanns bediente. Aber wenn man auch bezüglich dieser ℳ 2000 annehmen wollte, daß die Beklagte den Betrag zunächst ihrem Ehemann übereignet hätte, so würde, wie das Reichsgericht in seinem

Urteil Entsch. 44, 92 ausgeführt hat, eine die Beklagte von ihrer Rückgewährpflicht gegenüber dem Anfechtungsgläubiger befreiende Rückgewähr an den Schuldner um deswillen nicht vorliegen, weil die letztere nach den Feststellungen des Berufungsrichters in bewußter Übereinstimmung der Beklagten und ihres Ehemanns erfolgt sein würde, um den Betrag alsbald wieder an die dritte Person zu verschieben, nicht aber in einer Weise, die dem Gläubiger in gleicher Weise wie vor der unentgeltlichen Verfügung den Zugriff ermöglichte."

Urteil des Reichsgerichts (7. Senat) v. 11. Juni 1918. H. w. Deutsches Reich (Kl.). (OLG. Kiel). VII. 85/18.

---

10. Heizkörperverkleidungen als nicht wesentliche Bestandteile eines Grundstücks*. Bestellung eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen.

*Vgl. 64 Nr. 147 m. N.; 68 Nr. 206.
BGB. §§ 93, 94; 1032, 932.

Der Kläger ist seit dem 18. Februar 1914 in das Grundbuch eingetragener Nießbraucher des Grundstücks Böhmersweg 9, das im Eigentume des im Laufe des Rechtsstreits im Kriege gefallenen H. stand. Der Beklagte lieferte auf eine im April 1914 erfolgte Bestellung des H. 40 Heizkörper-Verkleidungen für das auf dem Grundstück stehende Etagenhaus, entfernte aber 32 Stück im September 1914 ohne Wissen und Willen des Klägers aus dem Grundstück wieder und veräußerte sie anderweitig, weil er weder von H. noch von dem Kläger Zahlung erhalten hatte.

Kläger klagt wegen Verletzung seines Nießbrauchsrechts und Besitzes gemäß § 823 BGB. auf Schadenersatz. Die Entscheidung wurde von einem Eide des Kl. abhängig gemacht. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von der Frage ab, ob der Kläger an den von dem Beklagten ohne dessen Willen aus dem Grundstück Böhmersweg 9 wieder entfernten Heizkörper-Verkleidungen Nießbrauch erworben hatte.

Die Frage wäre ohne weiteres zu Gunsten des Klägers zu entscheiden, wenn die Verkleidungen durch ihre Aufstellung in dem Grundstücke wesentliche Bestandteile desselben geworden wären. Dies muß aber in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter verneint werden. Durch die stattgehabte Beweisaufnahme ist festgestellt, daß die Heizkörper-Verkleidungen nach der Art und Weise, wie sie an den Heizkörpern angebracht worden waren, als wesentliche Bestandteile des Grundstücks nicht angesehen werden konnten. Die Verkleidung bestand aus einer Marmorplatte und der eigentlichen Verkleidung. Die Marmorplatte war auf an die Wand genagelte Leisten gelegt. An die Marmorplatte war dann die eigentliche Verkleidung mittels Haken angehakt. Die Verkleidungen waren sonach weder mit dem Grund und Boden fest verbunden (§ 94 BGB.), noch wurden sie durch die Trennung zerstört oder in ihrem Wesen verändert (§ 93 BGB.). Das

Gegenteil steht fest. Sie sind nach ihrer mühelosen Entfernung aus dem Grundstück sofort wieder ihrer Zweckbestimmung gemäß anderweitig verwandt worden. Nur wenn die Verkleidungen wesentliche Bestandteile des Grundstücks geworden wären, hätte der Kläger an diesen das Nießbrauchsrecht ohne Rücksicht darauf erworben, ob sich Beklagter an diesen das Eigentum vertragsmäßig vorbehalten hatte. Daß dies geschehen ist, muß nach der Sachlage bejaht werden. (Wird näher begründet) . . .

Es fragt sich, ob trotzdem Kläger an den Verkleidungen Nutznießung erworben hat. Wenn das Landgericht in dieser Beziehung zur Anwendung der §§ 1031, 926 BGB. gelangt, so übersieht es, daß dem Kläger an dem Grundstück bereits im Februar 1914 das Nießbrauchsrecht bestellt worden ist. Nur an den damals vorhanden gewesenen Zubehörstücken konnte daher Kläger den Nießbrauch gemäß §§ 1031, 926 BGB. erwerben. Die Heizkörperverkleidungen sind aber unstreitig erst nach April 1914 geliefert worden. Der Nießbrauch an diesen konnte nur gemäß § 1032 BGB. bestellt werden. In dieser Hinsicht kann unbedenklich davon ausgegangen werden, daß zwischen H. und dem Kläger eine Vereinbarung dahin bestand, daß dieser auch an allen denjenigen Gegenständen Nießbrauch erwerben sollte, die nach der im Februar 1914 erfolgten Bestellung des Nießbrauchsrechts an dem Grundstück für dieses geliefert wurden. Eine Einigung zwischen beiden darüber, daß dem Kläger der Nießbrauch an den Verkleidungen zustehen sollte, liegt sonach im Sinne des § 1032 vor.

Es hat aber auch eine Übergabe der Verkleidungen von H. auf den Kläger stattgefunden. Beklagter wußte, daß dem Kläger der Nießbrauch an dem Grundstück zustand. Er war der Handwerker für H., der bei ihm die Verkleidungen bestellt hatte. Er hat sonach als Vertreter H.s die Gegenstände dem Kläger übergeben. Der Kläger hat sonach gemäß §§ 1032, 932 BGB. Nießbrauch an den Gegenständen erworben, trotzdem sich Beklagter an diesen das Eigentumsrecht vorbehalten hatte, es sei denn, daß der Kläger bei der Ablieferung derselben nicht in gutem Glauben war. Er war nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Verkleidungen nicht dem Eigentümer des Grundstücks gehörten. Daß Kläger nicht in gutem Glauben bei der Ablieferung der Sachen gewesen ist, muß Beklagter gemäß § 932 beweisen. Für die Annahme, daß dem Kläger infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß der Beklagte sich an den Sachen das Eigentum vorbehalten hatte, besteht kein Anhalt. Zum Beweise dafür, daß Kläger den Eigentumsvorbehalt gekannt hat, hat sich Beklagter der Eideszuschiebung bedient. Auf diesen Eid war zu erkennen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 22. Juni 1918. H. E. w. A. L. M. Bf. III 156/18. Nö.

---

11. Ein der Wahrheit entsprechendes Gerücht, das der Mann für wahr hält, genügt zur Inlaufsetzung der Anfechtungsfrist des § 1594 Abs. 2 BGB.

Vgl. 61 Nr. 113; auch 59 Nr. 265.
BGB. § 1594 Abs. 2.

Mit der am 9. Mai 1916 zugestellten Klage focht der Kläger die Ehelichkeit der am 7. Januar 1913 von seiner Ehefrau geborenen Beklagten an. Diese wendete ein, der Kläger habe die Frist des § 1594 BGB. nicht eingehalten, indem er ihre Geburt schon durch Brief einer Schwägerin vom 4. April 1913 erfahren habe. Der Kläger wollte den Brief nicht als genügende Nachricht von der Geburt des Kindes gelten lassen. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Oberlandesgericht stellt fest, daß der Kläger die in dem Briefe seiner Schwägerin vom 4. April 1913 enthaltene Mitteilung, sie habe gehört, daß seine Ehefrau ein Kind geboren habe, das schon ein Vierteljahr alt sei, zunächst für wahr gehalten habe, wenn ihm auch später Zweifel gekommen seien. Damit erachtet es das Erfordernis des § 1594 Abs. 2 BGB. für erfüllt, da er eine ihm glaubwürdig erschienene Mitteilung über die Geburt des Kindes erhalten und in sein Vorstellungsvermögen aufgenommen habe. Es nimmt deshalb an, daß der Kläger mit dem Empfange des Briefs die Geburt „erfahren" habe, und daß dadurch die Anfechtungsfrist in Lauf gesetzt worden sei. Das könne, so wird hinzugefügt, nicht dadurch ungeschehen gemacht werden, daß er später die Mitteilung für unwahr und für einen Versuch gehalten haben wolle, ihn nach Frankfurt a. M. zu locken, auch nicht dadurch, daß seine Frau die Geburt des Kindes später selbst abgeleugnet habe, solche nachträglich auftretenden Zweifel, möchten sie auch subjektiv noch so begründet sein, könnten auf den Lauf der Anfechtungsfrist keinerlei Einfluß haben, dem Manne vielmehr nur einen Anlaß bieten, sich durch Nachforschungen sichere Kenntnis darüber zu verschaffen, ob die Geburt stattgefunden habe oder nicht, wozu die staatlichen Einrichtungen ihm in allen Fällen Gelegenheit böten.

Die Revision rügt vor allem Verletzung des § 1594. Sie macht geltend, daß „erfahren" im Sinne dieser Gesetzesstelle nicht gleichbedeutend mit einem vorübergehenden Eindrucke sei, den eine auf bloßes Hörensagen gegründete Nachricht mache, sondern daß eine sichere auf eigene Wissenschaft gegründete Nachricht vorliegen müsse, die dem Manne volle Überzeugung auf Grund gewissenhafter Prüfung verschafft habe.

An diesem Einwande der Revision ist soviel richtig, daß es, damit man im Sinne des § 1594 Abs. 2 sagen kann, der Mann habe die Geburt des Kindes „erfahren" oder, was dasselbe ist (vgl. Entwurf I § 1473, Entwurf II § 1490, Protokolle der II. Kommission IV. S. 473), er habe von

der Geburt Kenntnis erlangt, nicht genügt, wenn ihm ein Gerücht zu Ohren gekommen ist. Hinzukommen muß vielmehr nicht nur, daß das Gerücht der Wahrheit entspricht, sondern auch, daß es der Mann für wahr gehalten hat (für die ähnlich liegenden Fälle des § 1571 und des § 1339 vgl. z. B. die Senatsurteile SeuffA. 61 Nr. 113 u. JW. 1909, 689 Nr. 17 a. E.). Dieses subjektive Moment ist aber auch das Entscheidende. Auf die Erkenntnis**quelle** kommt es weniger an. Nur wird der Richter, wenn eine Mitteilung unter Umständen geschah, unter denen kein vernünftig Denkender an ihrer Wahrheit gezweifelt haben würde, wenn es sich insbesondere um eine amtliche Mitteilung handelte, den Empfänger nicht leicht mit dem Einwande hören, daß er die Mitteilung dennoch nicht für wahr gehalten habe (vgl. wiederum SeuffA. 61 Nr. 113). Das kann anders sein, wenn es sich um ein bloßes Gerücht, lediglich um ein Hörensagen handelt. Vermag der Richter aber festzustellen, daß der Mann das (der Wahrheit entsprechende) Gerücht für wahr gehalten hat, so genügt grundsätzlich auch diese Feststellung zu der Annahme, daß er die Geburt des Kindes „erfahren", von ihr Kenntnis erlangt habe. Zwar muß auch im Falle des § 1594 Abs. 2, wie das für andere Fälle in der Rechtsprechung des Senats angenommen ist (vgl. z. B. für § 1944 Abs. 1 JW. 1901 Beil. S. 232 Nr. 102), gefordert werden, daß die Kenntnis eine sichere, eine überzeugte ist, daß eine wirkliche Überzeugung vorliegt. Aber nichts spricht dafür, daß das Oberlandesgericht in dieser Beziehung rechtlich auf einem anderen Standpunkte stände. Es nimmt vielmehr ersichtlich an, daß der Kläger eine solche Überzeugung durch die Mitteilung seiner Schwägerin zunächst erlangt habe, ist aus diesem Grunde der Ansicht, daß er durch die Mitteilung die Geburt der Beklagten im Sinne des § 1594 Abs. 2 „erfahren" habe, und betont nur, daß erst nachträglich aufgetretene Zweifel daran nichts ändern könnten, daß die Frist des § 1594 Abs. 1 durch den Empfang des Briefes der Schwägerin in Lauf gesetzt worden sei. Ein Rechtsirrtum ist in alledem nicht zu finden. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 30. Mai 1918 B. w. B. (OLG. Naumburg). IV, 87/18.

---

12. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; Eingehung eines Versicherungsvertrags ist keine Schenkung i. S. des § 2325 BGB.; Aufwendung der Prämien als Schenkung.

Vgl. 49 Nr. 266 m. Nachw.; 56 Nr. 248; 59 Nr. 225 m. N.
VVG. §§ 166, 167; BGB. §§ 2325; 516.

Der im April 1916 gefallene W. hatte am 30. November 1911 zu Gunsten seiner Erben sein Leben mit 10 000 ℳ bei der Lebensversicherungsaktiengesellschaft Friedrich Wilhelm versichert. Am 20. Februar 1915 errichtete er ein Testament, in dem er seine Braut, die Beklagte, zum

alleinigen Erben, seiner bei der Friedrich Wilhelm in Berlin abgeschlossenen Lebensversicherung sowie seiner sämtlichen Schmucksachen, Uhr, Ringe &c. einsetzt. Gleichzeitig richtete er an die Friedrich Wilhelm ein Schreiben, in dem er u. a. erklärte, daß er nicht, wie ursprünglich im Versicherungsschein vermerkt, die Versicherung zu Gunsten seiner Erben abgeschlossen habe, sondern daß die ganze Summe im Falle seines Todes seiner Braut Fräulein Schw. ausgezahlt werden solle.

Nach dem Tode Winters wurde die Versicherungsumme unter Abzug von 500 M an die Beklagte ausbezahlt. Die Klägerin als Mutter des W. verlangte von der Beklagten u. a. 5000 M als die Hälfte der Versicherungsumme mit der Begründung, daß sie pflichtteilberechtigt sei und es sich bei der Zuwendung der Versicherungsumme um eine Schenkung W.s an die Beklagte handle, die sie zur Erhebung des Pflichtteilergänzungsanspruchs i. S. des § 2325 berechtige. W. hat sonst nur wenige Vermögensgegenstände hinterlassen. Die Beklagte wurde zur Zahlung der Hälfte der aufgewandten Prämien zur Höhe von 861,78 M verurteilt, im übrigen wurde die Klage abgewiesen. Aus den Gründen:

„Nach § 167 VVG. gilt bei einer Kapitalversicherung auf den Todesfall, wenn Zahlung der Versicherungsumme an die Erben bedungen ist, die Versicherung im Zweifel als nicht zu Gunsten der Erben als solche, also des Nachlasses, sondern als zu Gunsten der Erben persönlich geschlossen; eine Ausschlagung der Erbschaft hat auf die Berechtigung zum Bezug der Versicherungsumme keinen Einfluß. Diese auf der Auslegung des Willens des Versicherungnehmers beruhende Vermutung ist für den vorliegenden Fall nicht widerlegt. (Wird ausgeführt.)

Ist aber davon auszugehen, daß W. von vornherein die Versicherungsumme für den Fall seines vorzeitigen Todes den Erben persönlich hat zusagen lassen, so hat nach der herrschenden Rechtsprechung der Anspruch auf die Versicherungsumme nicht zu seinem Vermögen gehört. Es ist zwar richtig, daß nach dem Versicherungvertrag eine jederzeitige andere Bestimmung des Bezugberechtigten durch W.s einseitige Verfügung nicht ausgeschlossen war, gemäß § 331 BGB. eine Bindung auch gegenüber den angegebenen Bezugberechtigten erst mit seinem Tode eintrat, daß W. daher gemäß § 166 VVG. das für seinen Todesfall gegebene Versprechen der Versicherunggesellschaft jederzeit in ein Versprechen auf Auszahlung der Versicherungsumme an seine Erben als solche umwandeln konnte, daß er also Herr über die aus dem Versprechen der Versicherunggesellschaft sich ergebende Forderung blieb; wie er denn ja auch seine sämtlichen aus dem Versicherungvertrage hervorgehenden Rechte, einschließlich auch wohl seines Rechtes auf Umbestimmung des Bezugberechtigten, abtreten und verpfänden konnte, sie auch im Falle seines Konkurses in die Konkursmasse fielen. Das ändert aber nichts daran, daß, solange W. eine Umbestimmung auf seine Erben

als solche nicht vornahm, er also die Forderung nicht auch für den Fall seines vorzeitigen Todes in sein Vermögen hereinnahm, der Anspruch auf die Versicherungsumme nur im Falle des Erlebens des 1. Oktober 1936 ein sein Vermögen vermehrendes Recht war, nicht aber für den tatsächlich eingetretenen Fall seines vorzeitigen Todes. In diesem Falle ging auf seine Erben nur höchstens das an sich wertlose Recht über, die Auszahlung der Versicherungsumme an den bezugberechtigten Dritten zu fordern (vgl. hierzu RGEntsch. 24, 337; 51, 405; 62, 48; 66, 158; 71, 326 und 80, 177).

Gehörte aber der Anspruch auf Zahlung der Versicherungsumme am 20. Februar 1915 nicht zum Vermögen W.s, so kann darin, daß er an diesem Tage die Beklagte für den Fall seines vorzeitigen Todes zur Bezugberechtigten machte, eine den Pflichtteilergänzungsanspruch der Klägerin rechtfertigende „Schenkung" des Rechts auf die Versicherungsumme nicht gesehen werden, da eine Schenkung notwendig eine Bereicherung des Beschenkten aus dem Vermögen des Schenkgebers voraussetzt (vgl. § 516), die Versicherungsumme aber aus dem Vermögen der Gesellschaft kommt.

Aus seinem Vermögen aufgeopfert hat dagegen W. die für die Erlangung des Versprechens der Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Versicherungsumme aufgewendeten Prämien, die bis zum Tode W.s 1723,56 M betragen haben. Insofern liegt allerdings eine Schenkung vor. Daß die Prämiengelder nicht unmittelbar in das Vermögen der Beklagten geflossen sind, ist dabei gleichgültig. Eine Schenkung kann auch dadurch gemacht werden, daß der Schenkgeber eine Sache oder ein Recht einem Andern mit eigenen Opfern bei einem Dritten erwirbt. Die Schenkung besteht dann in den gebrachten Opfern. — Es ist auch gleichgültig, daß W. für den Erlebensfall das Recht für sich selbst erwerben wollte; für den Fall, daß er vorzeitig starb, wollte er das Recht für den dann Bezugberechtigten erwerben, für ihn also auch die Opfer bringen. Er wollte das auch unentgeltlich tun, weil er von der Beklagten dafür kein Entgelt haben wollte. Richtig ist, daß W. die Prämien nicht von vornherein bewußt für die Beklagte bezahlte. Er hat aber von vornherein sie für denjenigen zahlen wollen, der sein Erbe sein würde, nach der Auslegungsvorschrift des § 167 VVG. also für den, der zur Zeit seines Todes als Erbe berufen sein würde. Am 20. Februar 1915 hat er dann aber durch Testament die Beklagte zu seiner alleinigen Erbin eingesetzt. Nun kann allerdings das ebenfalls am 20. Februar 1915 an die Versicherunggesellschaft gerichtete Schreiben, in dem W. schreibt, daß er die Versicherung nicht mehr zu Gunsten seiner Erben, sondern zu Gunsten seiner Braut genommen haben wolle, den Gedanken nahelegen, daß er die Versicherung ursprünglich zu Gunsten seiner gesetzlichen Erben hat nehmen wollen. Allein auch das würde ohne Belang sein, da ihm sonst nach Gesetz, wie nach § 15 des Versicherungscheins von vornherein das Recht zur Umbestimmung des Bezugberechtigten

vorbehalten blieb, er sich dessen, wie das erwähnte Schreiben ergibt, auch wohl bewußt war; dann hat er aber von vornherein auch für den die Prämien zahlen wollen, den er später an Stelle der gesetzlichen Erben bezugberechtigt machen würde (vgl. hiezu auch RGEntsch. 61, 218). Der Beklagten zugewendet sind also die von Anfang an gezahlten Prämien, nicht etwa nur die seit dem 20. Februar 1915 gezahlten zuzüglich der an jenem Tage bei einem Rückkaufe sich ergebenden Rückkaufssumme, also dessen, was W. damals bei Aufgabe der Versicherung hätte erzielen können, nun aber mit für die Beklagte verwandte. — Zweifelhaft kann die Frage, ob in der demnach vorliegenden unentgeltlichen Zuwendung der Prämien an die Beklagte eine Schenkung i. S. des § 2325 BGB. gesehen werden kann, nur deshalb sein, weil eine Schenkung an sich ein Vertrag ist, also des Angebots und der Annahme bedarf. Allein einmal dürften unter § 2325 BGB. nicht bloß eigentliche Schenkungen, sondern alle unentgeltlichen Verfügungen aus dem Vermögen des Erblassers, wie z. B. auch Stiftungen, fallen, da es doch der Zweck des § 2325 ist, zu verhindern, daß nicht über das Vermögen des Erblassers zum Nachteile der Pflichtteilberechtigten freigebig verfügt wird, und es dabei auf die Art, wie die freigebige Verfügung vorgenommen wird, nicht ankommen kann. Zudem liegen aber auch Angebot und Annahme hier vor. Denn, wenn auch die Beklagte das Recht auf die Versicherungsumme ohne weiteres, also auch ohne ihr Wissen und Wollen, mit dem Tode W.s erwarb, so kann doch die Einigung über die Zuwendung und deren Unentgeltlichkeit der Zuwendung selbst sehr wohl nachfolgen, z. B. bei schenkungsweiser Tilgung einer Schuld, Eigentumszuwendung durch Verbindung. Jedenfalls nach dem Tode W.s aber hat eine derartige Einigung stattgefunden. Dadurch daß damals die Versicherunggesellschaft die Beklagte von dem Anfall der Versicherungsumme benachrichtigte, erfuhr sie und sollte sie nach dem Willen W.s erfahren, daß W. wollte, daß sie die Summe und damit auch die unentgeltliche Zuwendung der für deren Erwerb von ihm aufgewendeten Kosten annehmen solle. Daß W. damals schon tot war, machte nach § 153 BGB. für das Zustandekommen der Einigung nichts aus. Die Beklagte hat dann diesem Willen W.s sich gefügt, indem sie sich die Summe auszahlen ließ. Einer besonderen Annahmeerklärung gegenüber W.s Rechtsnachfolger, der sie übrigens selbst war, bedurfte es nach § 151 BGB. nicht."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 15. Juni 1918. A. M. w. F. Schw. Bf. VI 213/17. Nö.

---

13. Der Geschäftsführer einer Ges. m. b. H. ist selbständig zur Verlustigkeitserklärung des Geschäftsanteils eines säumigen Gesellschafters berechtigt, wenn der Gesellschaftsvertrag die Volleinzahlung der Stammeinlagen vorschreibt; der Widerruf der Vertretungsmacht des Geschäftsführers erfordert einen Beschluß der Gesellschafter.*

*Vgl. 55 Nr. 80.

GmbHG. §§ 21. 46.

Im Jahre 1911 errichteten der Beklagte zu 2 (Kaufmann Sz.) und die Ehefrau des Klägers, (Frau S.), die unter 1 verklagte Gesellschaft m. b. H. Das Stammkapital wurde auf 55000 ℳ, jede Stammeinlage auf 27500 ℳ festgesetzt. Bei der Anmeldung zum Handelsregister versicherten die Gründer wider besseres Wissen, daß die Einlagen, wie § 4 des Gesellschaftsvertrags dies vorschrieb, vollständig gezahlt worden seien. In Wahrheit hatten beide nur einen Teil eingezahlt; später hat Sz. den an seiner Einlage fehlenden Rest gedeckt, während Frau S. mit 8717,40 ℳ im Rückstand blieb. Nachdem die Ehe des Klägers geschieden worden war, trat ihm seine frühere Frau ihren Geschäftsanteil ab. Sz. forderte den Kläger und Frau S. unter Androhung des Ausschlusses auf, die fehlenden 8717,40 ℳ binnen Monatsfrist einzuzahlen, und erklärte sie, da die Aufforderungen fruchtlos blieben, des Geschäftsanteils sowie der geleisteten Teilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft für verlustig. Der Kläger, der die Rechtsgültigkeit der Kaduzierung bestritt, klagte gegenüber der Gesellschaft und Sz. auf Feststellung, daß der Geschäftsanteil nach wie vor zu Recht bestehe und er befugt sei, seine Rechte als Gesellschafter auszuüben. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.Urteils:

„— — — — Weiter vertritt die Revision den Standpunkt, daß es zur Einforderung der Zahlung oder doch zur Verlustigkeitserklärung eines Gesellschafterbeschlusses bedurft habe. Auch das Berufungsgericht geht grundsätzlich von der Notwendigkeit eines solchen Beschlusses aus; es meint nur, da nicht mehr als zwei Gesellschafter vorhanden waren und der Widerspruch des zweiten mit Sicherheit vorausgesehen werden konnte, sei dessen Zuziehung als leere Form entbehrlich gewesen. Diese Begründung kann freilich nicht gebilligt werden; es bedarf ihrer aber auch nicht. Für die Verlustigkeitserklärung fehlt jeder Anhalt, warum der Geschäftsführer sie nicht selbständig abgeben könnte. Anlangend die Aufforderung zur Zahlung, so hätte, wenn § 46 Nr. 2 GmbH.G. zur Anwendung käme, allerdings eine Gesellschafterversammlung berufen werden müssen. Nach den Ausführungen des Urteils RG. II 434/14 vom 18. Januar 1915 (JW. 1915, 195) wäre dann auch die Ehefrau S. stimmberechtigt, also in der Lage gewesen, den Beschluß zu vereiteln. In demselben Urteil hat der jetzt erkennende Senat aber auch dargelegt, daß, wo

wie hier der Gesellschaftsvertrag die sofortige Vollzahlung der Einlagen vorschreibt, für einen Beschluß auf Einzahlung kein Raum mehr ist. Daran muß festgehalten werden. Im vorliegenden Falle würde sich, wie hinzugefügt werden mag, an dem Ergebnis nichts ändern, wenn die vom Kläger behauptete aber nicht bewiesene Vereinbarung einer vorschußweisen Tilgung der Einlage durch Sz. stattgefunden hätte. Es ist verfehlt, wenn die Revision in einer solchen Vereinbarung einen Gesellschafterbeschluß mit Stundung der Einlage erblicken will. Einerseits bedeutete die Vereinbarung immer nur einen Vertrag der Gesellschafter untereinander; anderseits hätte auch ein Beschluß der Gesellschafterversammlung, die Einlage zu stunden, nach § 19 Abs. 2 GmbH.G. nicht die Kraft gehabt, die in dem Gesellschaftsvertrag enthaltene Einforderung der Einlage rückgängig zu machen. Und vollends unerheblich für die Frage der Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses sind die Zwistigkeiten zwischen Sz. und dem Kläger. Mochte sich Sz. zu der Kaduzierung durch unlautere Beweggründe, insbesondere durch Rachsucht mitbestimmen lassen, so wurde doch dadurch die Wirkung seiner kraft gesetzlicher Vertretungsmacht für die Gesellschaft vorgenommenen Handlungen nicht berührt. Die Meinung der Revision, unter den besonderen Umständen des Falls („nach der ganzen Sachlage") sei ein Gesellschafterbeschluß nicht zu umgehen gewesen, hat im Gesetze keinen Boden.

Schließlich ist noch gerügt worden, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Befugnis des Sz. zur Alleinvertretung der Gesellschaft nach Behauptung des Klägers schon vor dem März 1914 erloschen sei. Indes war hierfür nichts weiter vorgebracht, als daß der Kläger und Frau S. die Vertretungsmacht widerrufen hätten. Mit Recht hat schon das Landgericht bemerkt, die Eigenschaft als Geschäftsführer erlösche nicht dadurch allein, daß ein Anteilsinhaber dagegen Einspruch einlege. In der Tat wäre der Widerruf nach § 46 Nr. 5 GmbHG. Sache der Gesellschafterversammlung gewesen, wobei Sz. selber hätte mitstimmen können (vgl. RGEntsch. 81, 37)."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 14. Mai 1918. S. (Kl.) w. Sz. (KG. Berlin). II. 496/17.

---

14. Die Vorschrift einer Genossenschaftssatzung über das Erfordernis der Stimmeneinheit sämtlicher Genossen zu gewissen Satzungsänderungen kann nur mit Stimmeneinheit geändert werden.

Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 16.

Der Beklagte war Mitglied des Bauvereins H.-O. e. GmbH. mit 16 Anteilen à 500 *M*. Durch Beschluß der Generalversammlung vom 6. Juni 1916 wurden unter Abänderung des § 12 der Satzung die Anteile und die Haftsummen auf je *M* 550 erhöht. Der Beschluß wurde am 7. Juli 1916

in das Genossenschaftsregister eingetragen. Mit der Klage forderte der Verein vom Beklagten die auf seine Anteile entfallenden ℳ 800. Der Beklagte beantragte Klagabweisung, weil der Abänderungsbeschluß entgegen dem § 51 der Satzung nicht mit Stimmenmehrheit sämtlicher 17 Genossen gefaßt und deshalb ebenso wie ein voraufgehender Beschluß vom 23. Mai 1916, durch welchen der § 51 gestrichen ist, nichtig sei. Er erhob Widerklage auf Herbeiführung der Löschung des Beschlusses vom 23. Mai 1916. Landgericht und OLG. gaben der Widerklage unter Abweisung der Klage statt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Satzung der Genossenschaft bestimmt im § 50 allgemein, daß bei Abstimmungen Stimmenmehrheit der anwesenden Mitglieder entscheiden soll. Der § 51 enthält Ausnahmen von dieser Bestimmung. Gewisse unter Ziffer 1—4 aufgeführte Angelegenheiten können nur mit einer Stimmenmehrheit von $^3/_4$ der erschienenen Genossen beschlossen werden. Zu diesen Angelegenheiten gehört nach Ziffer 1 die Abänderung der Statuten und des Gegenstandes des Unternehmens, jedoch werden hier wieder ausgenommen der § 2 Abs. 1 und der § 12 der Satzung und für eine Abänderung dieser Bestimmungen die Stimmeneinheit sämtlicher Genossen gefordert. Die Beschlußfassung über die Abänderung anderer Satzungsbestimmungen wird im zweiten Absatze des § 51 ferner davon abhängig gemacht, daß mindestens $^2/_3$ aller Genossen anwesend sind. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so soll eine zweite Generalversammlung zur Erledigung derselben Tagesordnung anberaumt werden, welche ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Genossen endgültig mit $^3/_4$ Stimmenmehrheit entscheidet.

Danach ist zunächst klar, daß satzungsgemäß — in Abweichung vom § 16 Abs. 2 des Genossenschaftgesetzes — eine Erhöhung der im § 12 auf 500 ℳ festgesetzten Geschäftsanteile nur mit Stimmeneinheit sämtlicher Genossen beschlossen werden konnte. Daß es gesetzlich zulässig war, in der Satzung jenes Erfordernis aufzustellen, ist aus den RGEntsch. 76, 172 ff. angeführten Gründen nicht zweifelhaft. Ebensowenig kann aber nach dem Zusammenhange der Bestimmung bezweifelt werden, daß auch die — an sich sehr wohl zulässige — Aufhebung jener Bestimmung satzungsgemäß nur mit Stimmeneinheit sämtlicher Genossen erfolgen konnte. Auch bei ihr handelt es sich um eine den § 12 betreffende Abänderung der Statuten, nämlich um eine Abänderung der auf § 12 bezüglichen Ziffer 1 des § 51, welche so auszulegen ist, daß sie auch die Fälle der Abänderung des § 51 selbst und des in diesem festgesetzten Stimmenverhältnisses umfaßt.

Ließ sich hiernach der Grundsatz, daß die Anteile nur mit Stimmeneinheit erhöht werden konnten, nach Vorschrift der Satzung auch wieder nur mit Stimmeneinheit aus der Welt schaffen, so war der Beschluß vom 23. Mai 1916, durch welchen der ganze § 51 und mit ihm die an-

geführte Bestimmung gestrichen wurden, nichtig, weil er entgegen der Satzung nicht mit Stimmeneinheit sämtlicher Genossen gefaßt war. Daraus ergab sich ohne weiteres auch die Nichtigkeit des Beschlusses vom 6. Juni 1916 auf Erhöhung der Anteile und Haftsummen. War der § 51 unverändert in Geltung, so war eine Generalversammlung, in der nicht alle Genossen anwesend waren, für die Beschlußfassung über jene Angelegenheiten nicht zuständig, und die trotzdem gefaßten Beschlüsse waren nichtig. Einer Anfechtung der Beschlüsse nach § 51 des Genossenschaftsgesetzes bedurfte es nicht, vgl. RGEntsch. 75, 239; 76, 174." — — —

Urt. des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 11. Juni 1918. Konk.-Masse Hamburg-Osten e. G. m. b. H. w. G. E. Bf. III. 399/17. Nö.

II. Verfahren.

15. Anspruch des Korrespondenzanwalts auf die Vergleichgebühr; Berechnung derselben.

RAGebO. §§ 44. 13³.

„Der Beklagte, der einen Korrespondenzanwalt angenommen hat, liquidiert neben der diesem Anwalt nach § 44 GebO. zustehenden Gebühr eine Vergleichgebühr nach dem Satze des § 13 Ziff. 3 GebO., die er diesem Anwalt gleichfalls zu zahlen habe.

Die Gebühr aus § 44 GebO. steht dem Korrespondenzanwalt dafür zu, daß dieser den Verkehr der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten vermittelt. Berät aber der Korrespondenzanwalt die Partei bei der Frage, ob und wie ein Vergleich geschlossen werden soll, so ist dies eine Tätigkeit, die über die Vermittelung des Verkehrs zwischen der Partei und ihrem Prozeßbevollmächtigten hinausgeht. Es ist eine beratende Anwaltstätigkeit von selbständiger und besonderer Bedeutung, sie ist etwas anderes als die bloße Aufnahme und Übermittelung der Parteiinstruktion und wird daher auch durch die hierfür festgesetzte Vergütung nicht mitabgegolten (vgl. hierzu Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren Anm. 1 zu § 44 GebO.; vgl. auch Rspr. OLG. 15, 188). Vielmehr kann der Korrespondenzanwalt für sie eine besondere Vergütung fordern, wenn es zu einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleich demnächst infolge der Mitwirkung des Korrespondenzanwalts gekommen ist.

Zwar enthält die GebO. für RA. keine ausdrückliche Bestimmung darüber, wie hoch die Vergleichgebühr eines Anwalts, der nicht Prozeßbevollmächtigter ist, zu bestimmen ist. Gemäß § 89 GebO. ist aber die für Prozeßbevollmächtigte in § 13 Ziff. 3 festgesetzte Vergleichgebühr hier entsprechend zuzubilligen; denn die Tätigkeit des zum Vergleiche mitwirkenden Anwalts ist in ihrem Wesen die gleiche, mag dieser Anwalt nun Korre-

spondenzanwalt oder Prozeßbevollmächtigter sein (vgl. Rspr. OLG. 19, 254). Wie ferner der Prozeßbevollmächtigte diese Gebühr neben der Prozeßgebühr erhält, so muß sie auch entsprechend der Korrespondenzanwalt neben seiner Korrespondenzgebühr erhalten: der Fall liegt anders als derjenige, in dem der Korrespondenzanwalt zugleich Vertreter bei der Beweisaufnahme ist (§§ 44 45); in diesem letzteren Falle soll er die Gebühren, soweit diese sachlich Prozeßgebühren sind, nicht doppelt erhalten (vgl. RG. bei Gruchot 35, 1170). Hier aber kommt eine solche Doppelzahlung nicht in Frage; denn die Vergleichgebühr enthält nur eine Vergütung für die Mitwirkung beim Vergleich als solche. Nicht erforderlich ist, daß der Korrespondenzanwalt beim formellen Vergleichabschluß mitwirkt. Auch für die Vergleichgebühr aus § 13 Ziff. 3 GebO. ist dies nicht notwendig, es reicht vielmehr, wie schon der Wortlaut ergibt, aus, daß der Anwalt durch seine Tätigkeit zum Abschluß des Vergleichs mitgewirkt hat (vgl. Rspr. OLG. 27, 232).

Daß eine solche für den Vergleich ursächliche Mitwirkung des Korrespondenzanwalts hier stattgefunden hat, ist durch die von dem beklagtischen Prozeßbevollmächtigten abgegebenen Erklärungen glaubhaft gemacht.

Es fragt sich dann weiter, ob die Vergleichgebühr des Korrespondenzanwalts neben derjenigen des Prozeßbevollmächtigten, der den Vergleichabschluß demnächst zu Protokoll erklärt hat, erstattungsfähig ist. Auch diese Frage war zu bejahen. Es war nach Lage des vorliegenden Falls im Interesse der zweckmäßigen Rechtsverteidigung geboten, ist auch vom Kläger nicht beanstandet, daß der von dem Sitze des Prozeßgerichts entfernt wohnende Beklagte einen Korrespondenzanwalt annahm, wie dies auch der Kläger getan hat. Wäre dies nicht geschehen, so wären ohne Zweifel größere Reisekosten entstanden. Wiederholte mündliche Rücksprachen mit dem Prozeßbevollmächtigten wären nötig gewesen, und es war daher zweckmäßig und sachlich geboten, daß der Beklagte sich auf die Klage hin entschloß, einen Anwalt aus der näheren Umgebung seines Wohnortes anzunehmen. Besprach der Beklagte aber mit diesem Anwalt dauernd die Prozeßlage, so war es wiederum zweckmäßig und entsprach der Natur der Sache, daß er sich von diesem Anwalt auch hinsichtlich des Vergleichabschlusses beraten ließ. Es konnte dem Beklagten nicht wohl zugemutet werden, daß er abweichend von dem sonst gehandhabten Verkehr nun wegen des Vergleichs unter Übergehung des Korrespondenzanwalts sich mit seinem Prozeßbevollmächtigten direkt ins Einvernehmen setzte, ganz abgesehen davon, daß er alsdann wieder nicht unerhebliche Reisekosten hätte aufwenden müssen; denn schriftlich ließ sich die Vergleichfrage nicht so gut klären, eine mündliche Erörterung war auch hier allein sachgemäß."

Demnach ist die bisher abgesetzte Vergleichgebühr zu erstatten.

Beschluß des OLG. Kiel (1. Sen.) v. 4. April 1918 H. w. C. (W I 12/18). Schl. Holst. Anz. 1918, S. 182.



16. In das Kostenfestsetzungsverfahren gehören nur Einwendungen, die die Berechnung der Kosten betreffen.

Vgl. 47 Nr. 230 m. N. u. folg. Nr.
ZPO. §§ 103. 104. 767.

„Die Behauptung der erfolgten Zahlung der festgesetzten Kosten ist eine Einwendung, die die Erstattungspflicht selbst betrifft, also eine Einwendung nach § 767 ZPO. Kostenfestsetzungsbeschlüsse entscheiden aber nicht über die Erstattungspflicht, sondern enthalten nur eine nähere Bestimmung des Umfangs der im vorangegangenen vollstreckbaren Titel festgestellten Kostenpflicht. In das Kostenfestsetzungsverfahren gehören daher nur Einwendungen, die die Berechnung der Kosten betreffen. Einwendungen gegen die Erstattungspflicht selbst können nur im Wege der Klage nach § 767 ZPO. geltend gemacht werden (RGEntsch. 13, S. 361, SeuffA. 47, Nr. 230, Gaupp-Stein Anm. 5 zu § 104. Der frühere abweichende Standpunkt des V. Senats des RG. — SeuffA. 47, Nr. 156 — ist von dem Senat in RGEntsch. 62, S. 188 anscheinend ganz aufgegeben)."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 3. Okt. 1918. M. Sch. w. H. Sch. Bs. Z. VI 88/18. Nö.

---

17. Im Kostenfestsetzungsverfahren ist nur über die Höhe der Kosten, nicht über die Kostenpflicht zu entscheiden.

Vgl. vor. Nr.
ZPO. § 104.

„Durch Urteil des LG. sind dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreites auferlegt. Die Kosten, die durch vorherige Angehung des unzuständigen LG. Hamburg entstanden sind, werden gemäß § 505 Abs. 2 S. 1 ZPO. von dieser Kostenentscheidung umfaßt. Diese Kostenentscheidung entsprach nicht der materiellen Rechtslage, da nach Satz 2 a. a. O. dem Kläger die in Hamburg entstandenen Kosten trotz seines Obsiegens in der Hauptsache aufzuerlegen gewesen wären. Das Urteil ist jedoch rechtskräftig geworden.

Die in dem Urteil getroffene Entscheidung über die Kostenlast unterliegt nicht der Nachprüfung im Kostenfestsetzungsverfahren. Im Kostenfestsetzungsverfahren hat der Gerichtsschreiber lediglich über die Kostenhöhe, nicht über die Kostenpflicht, zu entscheiden. Zwar wird bei Prüfung der Kostenhöhe regelmäßig auch eine Prüfung der einzelnen Ansätze auf ihre Notwendigkeit hin erforderlich sein; nicht aber unterliegt es der Prüfung des Gerichtsschreibers, ob ganze Prozeß-Abschnitte notwendig waren oder nicht. Im vorliegenden Falle der Anrufung eines unzuständigen Gerichts geht dies auch noch besonders aus der Fassung des Gesetzes hervor. Im § 505 Abs. III S. 2 ist ausdrücklich bestimmt, daß dem Kläger die am

unzuständigen Gericht entstandenen Kosten aufzuerlegen sind. Nach der Stellung dieser Gesetzesbestimmung im System der Zivilprozeßordnung und nach ihrem Wortlaut kann sie nur eine richterliche Entscheidung, nicht eine Entschließung des Gerichtsschreibers im Auge haben.

Daher ist unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Gerichtsschreiber des LG. angewiesen, den Kostenfestsetzungsbeschluß derart zu berichtigen, daß der Beschwerdeführer die durch die Erhebung der Klage in Hamburg entstandenen Kosten erstattet verlangen kann."

Beschluß des OLG. Kiel (1. Sen.) vom 4. April 1918 P. w. Ch. u. Co. (W I 11/18). Schl. Holst. Anz. 1918 S. 181.

18. Keine Klage auf Feststellung, daß bei künftigen Kaufgeschäften keine Fehlbeträge an Waren in Rechnung gestellt werden dürfen.

Vgl. 33 Nr. 186; 52 Nr. 119; 64 Nr. 185.

ZPO. § 256.

Der Kläger, als Inhaber einer Obst- und Südfruchthandlung in L. klagte auf Feststellung, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, bei Verkäufen von Waren, die er als Verkaufvermittler des städtischen Großmarkts in L. an ihn verkaufe, tatsächlich vorhandene Fehlbeträge an Ware ihm in Rechnung zu stellen. Zur Begründung hat er behauptet: Er sei genötigt, im Betriebe seines Gemüsegroßhandels täglich vom Beklagten Gemüse einzukaufen, da er insbesondere Auslandgemüse garnicht von anderer Seite beziehen könne. Daß unter den Parteien solche Käufe regelmäßig abgeschlossen würden, stehe daher mit absoluter Sicherheit fest. Daraus ergebe sich, daß zwischen ihnen ein Rechtsverhältnis bestehe, und demgemäß der Klagantrag zulässig sei.

Beide Instanzen wiesen die Klage ab. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Den Feststellungen des Landgerichts, das das Bestehen eines der Feststellung zugänglichen Rechtsverhältnisses unter den Parteien verneint, ist beizutreten. Der Beklagte verkauft als Verkaufkommissionär des städtischen Großmarktes in L. Gemüse und Obst in eigenem Namen für Rechnung seines Kommittenten. Der Kläger ist seiner Darstellung nach darauf angewiesen, täglich Gemüse vom Beklagten zu erwerben, weil dieser für Auslandware der einzige, für Inlandware der wichtigste Verkäufer in L. sei. Auch wenn man dies aber unterstellt, besteht doch, solange die einzelnen Verkäufe noch nicht abgeschlossen sind, zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO., sondern lediglich die Erwartung, daß künftig Rechtsverhältnisse entstehen werden. Diese Erwartung kann aber keinen Anspruch auf Rechtsschutz begründen, weil sich der künftige Anspruch nicht als Folge eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses darstellt (RG. bei Gruchot 58, 481).

Auch die Vorschriften über die Gewerbefreiheit ergeben kein der Feststellung zugängliches Rechtsverhältnis der Parteien. Es mag sein, daß der Kläger in der Freiheit der gewerblichen Betätigung dadurch tatsächlich beschränkt wird, daß er die Waren, in deren Weiterveräußerung sein Gewerbe besteht, ausschließlich oder doch vorwiegend vom Beklagten kaufen muß. Diese tatsächliche Beschränkung ist aber keine Folge der vom Beklagten aufgestellten Kaufbedingungen, sondern eine Folge der Ausschaltung des freien Wettbewerbs durch die staatlichen Anordnungen infolge des Krieges. Das Recht auf Gewerbefreiheit berechtigt den Kläger nicht zu dem Verlangen, daß der Beklagte ihm die Waren zu anderen als von ihm selbst festgesetzten Bedingungen verkaufe.

Soweit er etwa geltend machen will, daß der Beklagte durch die beanstandeten Verkaufbedingungen die für ihn maßgebenden Vorschriften über Einhaltung der behördlich festgesetzten Höchstpreise übertrete, läuft sein Verlangen nach Feststellung, daß dies unzulässig sei, nicht auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern ausschließlich auf die Entscheidung einer Rechtsfrage hinaus. Dazu ist aber die Feststellungsklage des § 256 ZPO. nicht gegeben."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 13. Juni 1918 i. S. D. w. A. 1. O. 51/18. F-ch

---

19. Zulässigkeit eines Zwischenurteils nach § 303 ZPO. durch das über den gesamten Prozeßstoff unter Vorbehalt eines einzelnen Verteidigungsmittels entschieden wird.

Vgl. 46 Nr. 225; 65 Nr. 108.
ZPO. § 303.

Der Kläger klagte 1. auf Feststellung, daß der Beklagte zu 1 verpflichtet sei, ihn unter den näher angegebenen Bedingungen des Testaments seiner verstorbenen Großmutter als Annehmer des Ritterguts Z. anzuerkennen; 2. auf Verurteilung der Beklagten zu 1 bis 4, die Auflassung des Ritterguts zu erklären. Das Landgericht wies den Anspruch zu 1 ab, erklärte den Anspruch zu 2 auf Auflassung dem Grunde nach für gerechtfertigt und behielt die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits dem Schlußurteil vor. Die Berufung der Beklagten wurde als unzulässig verworfen, weil es sich bei dem erstinstanzlichen Urteil um ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. handele. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„In der neueren Rechtsprechung hat das Reichsgericht trotz abweichender in der Literatur vertretener Meinungen (vgl. Stein[10], Vorbemerk. III vor § 561 ZPO.) daran festgehalten, daß ein Rechtsmittel gegeben ist, sowohl dann, wenn das Gericht ein Urteil aus § 304 ZPO. erlassen wollte, obwohl nicht ein solches, sondern ein Urteil aus § 303 vorliegt, als auch

dann, wenn bei sachlicher Prüfung der Entscheidung diese sich als ein Urteil aus § 304 darstellt, mag das Gericht auch ein Urteil aus § 303 ZPO. haben erlassen wollen (RGEntsch. 72, 222). Von diesen Grundsätzen geht auch das Berufungsgericht aus. Es kommt zu dem Ergebnis, daß weder die eine noch die andere Voraussetzung vorliege, daß es sich vielmehr in der Tat um ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. handele und das Landgericht auch den Erlaß eines solchen beabsichtigt habe. Die gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

Wie das Ber.-Gericht zutreffend ausführt, kann das Urteil inhaltlich kein Zwischenurteil nach § 304 sein, weil diese Vorschrift einen nach Grund und Betrag streitigen Anspruch voraussetzt, diese Voraussetzung aber hier nicht zutrifft. Ebensowenig kommt — soweit es sich um den Leistungsanspruch, Nr. 1 der Urteilsformel, handelt — ein Teilurteil nach § 301 in Frage, auch nicht ein Vorbehaltsurteil nach § 302, das nur bei Aufrechnung einer Gegenforderung, nicht aber bei Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts vorgesehen ist. Dagegen sind die Erfordernisse des § 303 ZPO. erfüllt. Die Beklagten zu 3 bis 5 hatten drei Einwendungen erhoben. Die erste ging dahin, der Vater des Klägers habe schon vor der Testamentserrichtung seinen Sohn Siegfried zum Gutsannehmer bestimmt, dies Recht sei durch Vererbung auf dessen Sohn, den Mitbeklagten zu 1 übergegangen. Ferner machten die Beklagten geltend, die angebliche frühere Bestimmung des Vaters des Klägers, daß der Kläger Gutsannehmer sein sollte, sei mangels der Form des § 313 BGB. nichtig. In letzter Linie beanspruchten sie ein Zurückbehaltungsrecht wegen der vom Vater des Klägers auf das Gut gemachten Verwendungen.

Die Revision erkennt an, daß diese Einwendungen selbständige Verteidigungsmittel i. S. des § 302 darstellen. Das ist unbedenklich richtig; denn jedes von ihnen würde für sich allein geeignet sein, die Klage zu Falle zu bringen, die Zurückbehaltungseinrede allerdings nur mit der aus § 274 BGB. ersichtlichen Maßgabe. Das Landgericht hat nun die beiden ersten Einwendungen für unbegründet erklärt und die Entscheidung über das Zurückbehaltungsrecht vorbehalten. Allerdings hat es nicht nur über jene beiden Einwendungen, sondern auch über die Klagegründe entschieden, indem es die vom Kläger in erster Linie behauptete Einigung nicht für erwiesen, dagegen den zweiten Klagegrund für durchgreifend erachtet hat. Die Revision meint, eine solche Entscheidung sei nach § 303 nicht zulässig. Denn damit würden die Beklagten dem Anspruche des Klägers gegenüber nicht nur mit jenen beiden Verteidigungsbehelfen, sondern auch mit allen etwa möglichen weiteren Verteidigungsmitteln, abgesehen von der Zurückbehaltungseinrede, endgültig ausgeschlossen. Das Landgericht habe also nicht nur über selbständige Verteidigungsmittel erkannt, sondern darüber hinaus den Klageanspruch selbst festgestellt. Der Angriff ist nicht begründet. Aller-

dings findet sich im Schrifttum die von der Revision geltend gemachte Auffassung vertreten, es sei nicht zulässig, auf Grund des § 303 über den gesamten Prozeßstoff unter Vorbehalt eines einzelnen Verteidigungsmittels zu entscheiden. (Stein bei Fußnoten 11 und 12 zu § 303, Wach[2] Vorträge über Zivilprozeß S. 113). Allein die Rechtsprechung des Reichsgerichts steht nicht auf diesem Standpunkte. Sie läßt solche Urteile zu, vorausgesetzt nur, daß dasjenige Parteivorbringen, über das entschieden wird, selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel i. S. des § 303 darstellt, und es wird ausdrücklich anerkannt, daß nach Erlaß eines solchen Zwischenurteils in Betreff der sämtlichen, durch dieses entschiedenen Streitpunkte neue tatsächliche Behauptungen in der Instanz nicht mehr aufgestellt werden dürfen (JW. 1898, 46[7], 1902, 607[10], Gruchot 28, 1143). Zuzugeben ist nur, daß eine solche Entscheidung durch Zwischenurteil nach § 303 nicht zulässig wäre, wenn bei Streit über Grund und Betrag des Anspruchs die sämtlichen Voraussetzungen des § 304 vorlägen und demgemäß ein Zwischenurteil über den Grund einschließlich aller sich auf diesen beziehenden Verteidigungsbehelfe erlassen werden könnte (vgl. RGEntsch. 42, 347). Dieser Fall liegt hier nicht vor. Selbst wenn aber eine soweit gehende Entscheidung, wie die vorliegende, auf Grund des § 303 ZPO. nicht hätte erlassen werden dürfen, so würde deswegen doch noch nicht die Berufung zulässig werden. Die Überschreitung des Rahmens des § 303 hätte dann nur die Folge, daß die Beklagten, wenn sie auf Grund dieses Zwischenurteils im Endurteil zu Unrecht mit neuen tatsächlichen Vorbringen zurückgewiesen würden, dies gemäß § 548 ZPO. mit dem Rechtsmittel gegen das Endurteil geltendmachen könnten (JW. 1902. S. 607[10])."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 8. April 1918. B. w. B. (OLG. Naumburg). IV. 410/17.

---

20. Dauernde oder zeitlich beschränkte Herabsetzung einer zuerkannten Rente wegen veränderter Verhältnisse?* Pflicht der unterhaltberechtigten geschiedenen Ehefrau zur Ausnutzung ihrer Arbeitskraft?**

*Vgl. 29 Nr. 144; 46 Nr. 191; **vgl. 72 Nr. 161 m. N.
ZPO. § 323; BGB. §§ 1578, 1579 Abs. 1.

Der Kläger ist in einem Vorprozeß zur Zahlung einer jährlichen Unterhaltsrente an die Beklagte, seine geschiedene Ehefrau, verurteilt worden. Er ist demnächst eine neue Ehe eingegangen. Er erhob aus § 323 ZPO. Klage auf Herabsetzung der der Beklagten zugesprochenen Rente auf den vierten Teil, weil er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts an die Beklagte einen höheren Unterhaltsbeitrag nicht mehr zu zahlen vermöge. Das Landgericht setzte die Rente auf die Hälfte herab, das Oberlandesgericht wies den Klaganspruch für die Zeit nach dem 31. Dezember 1918 ab, im übrigen

wies es die Berufung zurück. Die Revision des Klägers hatte Erfolg aus folgenden Gründen:

„Der Kläger beschwert sich in der Revisionsinstanz nur darüber, daß die Rente nicht auch für die Zeit nach dem 31. Dezember 1918, wie dies in erster Instanz geschehen war, herabgesetzt ist. Die Beschwerde ist begründet. Zwar ist es nach § 323 ZPO. an sich rechtlich nicht unzulässig, wenn die zur Abänderung des früheren Urteils Anlaß gebenden Umstände nur vorübergehender Natur sind, diese Abänderung auch nur für einen gewissen Zeitraum auszusprechen (RGEntsch. I S. 67). Aber die Begründung, die das Berufungsgericht im vorliegenden Falle dafür gibt, erscheint nach verschiedenen Richtungen unzulänglich. Das Berufungsgericht sagt nur: Für die Zeit nach dem 31. Dezember 1918 ließen sich die Verhältnisse der Parteien, die gegenwärtig auf die durch den Krieg hervorgerufene wirtschaftliche Lage, insbesondere auch auf die entgeltliche Beschäftigung der Beklagten bei der Militärbehörde abgestellt seien, auch nicht annähernd übersehen. Daher unterliege die Klage für die spätere Zeit der Abweisung.

Dabei beachtet das Berufungsgericht zunächst nicht, daß der entscheidende Grund, aus dem das Landgericht nach den vom Berufungsgericht gebilligten Feststellungen die Rente herabgesetzt hat, nicht darin liegt, daß die Beklagte jetzt verdient, sondern darin, daß der Kläger infolge der durch seine zweite Heirat erhöhten Bedürfnisse, nicht mehr in der Lage ist, die der Beklagten zugesprochene Rente in voller Höhe zu zahlen. Mit der ihm nach Abzug der seinem Kinde und der Beklagten geschuldeten Renten verbleibenden Summe von ℳ 2134 könne er — so sagt das Landgericht — sich und seine jetzige Ehefrau auch bei den bescheidensten Ansprüchen nicht standesgemäß unterhalten. Das Landgericht hat auch eine dadurch begründete dauernde Leistungsunfähigkeit des Klägers angenommen. Daß aber das Berufungsgericht insoweit auf einem anderen Standpunkte steht, daß es insbesondere annehmen will, die Leistungsunfähigkeit sei durch den Krieg veranlaßt und könne später wieder wegfallen, lassen seine Ausführungen nicht ersehen. Es billigt vielmehr die auf die Festsetzung der Rente bezüglichen Darlegungen des Landgerichts ausdrücklich. Ist aber der Kläger aus diesem Grunde dauernd außerstande, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts der Beklagten Unterhalt in dem im früheren Unterhaltsprozesse festgesetzten Maße zu gewähren, so hätte das Berufungsgericht die früher zuerkannte Rente auch für die Dauer wenigstens in dem Umfange herabsetzen müssen, in dem dies mit Rücksicht auf die Leistungsunfähigkeit des Klägers geboten erschien. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, jedenfalls vom Berufungsgericht nicht dargelegt, weshalb dies nicht auch für die Zeit nach dem Kriege mit annähernder Bestimmtheit möglich sein sollte (vgl. JW. 1905, 152[38], 1906, 361[23], 1916, 836[8]; Warn. Nr. 1917, 26, 249).

Richtig ist nun allerdings, daß wenn sich eine Abänderung der früheren Verurteilung nach § 323 ZPO. als nötig erweist, das Gericht nicht bloß diejenigen Verhältnisse, welche zu dieser Abänderung Anlaß geben, sondern die Gesamtheit derjenigen Faktoren nachzuprüfen hat, die für die frühere Beurteilung maßgebend waren (RGEntsch. 74, 132; 75, 25). In den früheren Urteilen ist nun erwogen, daß nach den Verhältnissen, in denen die Parteien während der Ehe gelebt haben, Erwerb der Frau durch Arbeit nicht üblich sei und deshalb die Beklagte sich nicht auf solchen Erwerb verweisen zu lassen brauche (§ 1578 BGB.). Anders liegt aber die Sache, wenn in Anwendung des § 1579 Abs. 1 Satz 2 der Unterhaltsanspruch der Frau, wie von den Vorinstanzen unangefochten festgestellt ist, nach Billigkeit bemessen werden muß. Der Gesichtspunkt der Billigkeit kann dazu führen, der geschiedenen Frau die Verpflichtung aufzuerlegen, nicht nur dasjenige, was sie tatsächlich erwirbt, sondern auch dasjenige, was sie bei gehöriger Ausnutzung ihrer Arbeitskraft zu verdienen imstande ist, sich in Anrechnung bringen zu lassen (Warn. 1917 Nr. 246). Das Landgericht hat nun festgestellt, daß die Beklagte zur Zeit 30 ℳ verdiene und diesen Erwerb auch zu einem dauernden machen könne. Von diesem Standpunkt aus hat es mit Recht die Erwerbsmöglichkeit der Beklagten bei der anderweiten Festsetzung der ihr gebührenden Rente auch für die Zukunft in Betracht gezogen. Die Auffassung des Berufungsgerichts ist eine andere. Es meint: da die Beklagte z. B. ihren Verdienst aus einer Beschäftigung bei einer Militärbehörde ziehe und man nicht übersehen könne, daß sie in der Zeit nach dem Kriege eine gleich lohnende Tätigkeit finden werde, so könne die Rente nur bis zum 31. Dezember 1918 herabgesetzt werden.

Abgesehen davon, daß diese Entscheidung das unerfreuliche Ergebnis haben würde, daß der Kläger voraussichtlich bald nach Beendigung des gegenwärtigen Prozesses einen neuen anstrengen müßte, kann sie auch rechtlich nicht gebilligt werden. Jeglicher Rechtfertigung entbehrt zunächst die Festsetzung der Endfrist auf den 31. Dezember 1918. Es besteht kein sicherer Anhalt dafür, daß bis dahin der Krieg sein Ende erreichen wird oder daß auch nur von da an weibliche Arbeitskräfte nicht mehr in dem bisherigen Maße herangezogen werden müssen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht das Berufungsgericht, wie es dem Sinne seiner Ausführungen entsprechen würde, den Zeitpunkt der Beendigung des Krieges, oder mit Rücksicht darauf, daß die durch den Krieg veranlaßte wirtschaftliche Lage voraussichtlich noch längere Zeit fortbestehen wird, einen nach dem Kriege liegenden Zeitpunkt festgesetzt hat (vgl. Warn. 1917 Nr. 203). Es ist nicht unmöglich, diesen Zeitpunkt mit der für die Entscheidung erforderlichen Bestimmtheit zu bezeichnen.

Übrigens ist das Berufungsgericht aber auch sachlich den Umständen des Falles nicht gerecht geworden. Nach Inhalt der im ersten Urteil

in Bezug genommenen Auskunft des Ersatzbat. des Inf.-Reg. 14 ist die Beklagte in der Kassenverwaltung des Bataillons beschäftigt. Danach läßt sich annehmen, daß die Beklagte eine Tätigkeit ausübt, die eine gewisse Vorbildung voraussetzt und zu der auch in Friedenszeiten weibliche Personen verwendet werden. Ist dies der Fall, so wird sie auch nach dem Kriege die Beschäftigung gegen entsprechende Vergütung wenn auch vielleicht an anderer Stelle fortsetzen können. Es läßt sich auch nicht sagen, daß der voraussichtliche Verdienst der Beklagten für die Zeit nach dem Kriege nicht mit einer nach den Umständen des Falles ausreichenden Wahrscheinlichkeit ermittelt werden könnte. Jedenfalls hat das Berufungsgericht es an jeglicher Prüfung der besonderen Umstände des Falles fehlen lassen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 6. Juni 1918. W. w. W. (OLG. Posen). IV. 139/18.

---

21. Zahlungsverbot kraft einstweiliger Verfügung an den Schuldner der vom Veräußerungsverbote betroffenen Forderung?

ZPO. § 938.

„Die Antragstellerin will die, wie sie angibt, auf sie vererbte Forderung des Bureauvorstehers S. aus dem auf den Namen M. S. lautenden Einlagebuche der Leipzig-Gohliser Kassenstelle der städtischen Sparkasse zu L. nicht bloß durch das — bereits erlangte — Verfügungsverbot an den Antragsgegner, sondern auch durch ein Zahlungsverbot an die genannte Sparkasse gesichert wissen. Ein Verbot an diese zu erlassen, hat das Landgericht mit Recht abgelehnt, denn damit würde einer im gegenwärtigen Verfahren als Partei nicht beteiligten dritten Person eine Verfügungsbeschränkung auferlegt und so die Grenze des im § 938 ZPO. dem Gericht eingeräumten Ermessens, wie namentlich die Fassung des dortigen 2. Absatzes lehrt, überschritten. Prozessual unbeteiligt ist die Sparkasse, mag sie immerhin die Schuldnerin der Antragstellerin nach materiellem Rechte sein. Wenn nach §§ 829, 938 Abs. 1, Satz 1 ZPO. ein Verbot an den Drittschuldner zugelassen wird, so beruht dies darauf, daß das in dem Verfahren selbst begründete gerichtliche Pfändungspfandrecht an der gegenüber dem Drittschuldner bestehenden Forderung den formalen Zusammenhang herstellt und vermittelnd wirkt.

Der Beschwerdeführerin muß lediglich vielmehr überlassen werden, das landgerichtliche Verfügungsverbot zur Kenntnisnahme (vgl. §§ 135_1, 136. BGB.) der Sparkasse vorzulegen."

Beschluß des OLG. Dresden (6. Sen.) v. 26. Okt. 1918, 6a Reg. 212/18.

Ch.

---

22. Festsetzung der Anwaltsgebühren für den Antrag auf Änderung des Teilungsplans über den Versteigerungserlös durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts;* Wechsel des Anwalts im Verteilungsverfahren; keine doppelte Erstattung.

Vgl. 62 Nr. 99 m. N.; 70 Nr. 98.

ZPO. §§ 104, 96, 880, 882, 788; ZwVG. § 110. Meining. Ges. über die Geb. der Rechtsanwälte vom 23. Dez. 1899 Art. 4.

„Die Kosten, die die Klägerin festgesetzt wissen will, sind berechnet für den Antrag ihres Rechtsanwalts auf Änderung des Teilungsplans im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 115 ZwVG., § 882 ZPO.). Zu Unrecht lehnt das LG. die Festsetzung ab, weil die Kosten nicht zu denen des Rechtsstreits, auch nicht zu den Kosten der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil über die Widerspruchsklage (§ 880 ZPO.) gehörten, vielmehr durch die Mitwirkung in einem besonderen Verfahren — dem weiteren Verteilungsverfahren — entstanden seien. Zwangsvollstreckung ist nicht nur die Vollziehung der Leistungsurteile (Vollstreckung im engeren Sinn), sondern auch die der sonstigen sachlichen Urteilswirkungen, wie Änderung eines Teilungsplans und ähnliches. Den Vollstreckungstitel für eine solche Änderung — „anderweite Verteilung" im Sinn des § 882 ZPO. — bildet das Urteil, das auf den Widerspruch eines Gläubigers gegen den ursprünglichen Teilungsplan ergangen ist. Zwar beruht das Zwangsversteigernngsverfahren — und dem entsprechend auch das Verteilungsverfahren — im ganzen auf dem Schuldtitel, dessentwegen es angeordnet worden ist (§ 16 ZwVG.). Das gilt aber nicht von dem weiteren Verteilungsverfahren auf Grund eines Urteils, das über den Widerspruch eines Gläubigers entscheidet und die Änderung des Teilungsplans anordnet; denn dieses Verfahren berührt nur die Parteien des Widerspruchsprozesses und ist Vollziehung des zwischen ihnen über ihre Rangfolge ergangenen Urteils. Sind danach die berechneten Gebühren Zwangsvollstreckungsunkosten, so können sie grundsätzlich auch vom Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts erster Instanz — nicht etwa vom Vollstreckungsgericht — festgesetzt werden (§ 104 ZPO.). Nach § 788 I ZPO. sind zwar die Kosten der Zwangsvollstreckung mit dem Anspruch selbst beizutreiben. Damit wird aber nur ein Recht, nicht eine Pflicht für den Gläubiger begründet; er kann also jedenfalls dann die Festsetzung der Kosten verlangen, wenn, wie hier, für ihre Beitreibung zugleich mit dem Anspruch kein Raum ist (vgl. S t e i n, ZPO. I zu § 103 II 3 und III, S. 309 f. und II, zu § 788, Anm. II, S. 543; ThürBl. 51, 88; nicht entgegenstehend SA. 62 Nr. 100).

Sachlich aber muß die Beschwerde daran scheitern, daß die berechneten Kosten nicht erstattbar sind. Sie werden nach Art. 4 Abs. 1 Nr. 2 des meiningischen Gesetzes über die Gebühren der Rechtsanwälte vom 23. Dezember 1899 für die „Vertretung im Verteilungsverfahren" verlangt.



Für dieselbe Tätigkeit sind aber dem früheren Vertreter der Klägerin, Rechtsanwalt Dr. St. in E., schon 32,40 ℳ Gebühren samt Pauschsatz zugebilligt und aus dem Versteigerungserlös angewiesen. Daneben kann sie nicht nochmals Gebühren für ihre Vertretung im weiteren Verteilungsverfahren erstattet verlangen. Die Gebühren des Art. 4 a. a. O. sollen — ebenso wie die des § 39 RAGebO. — die Tätigkeit des RA. im gesamten Verteilungsverfahren bis zu seinem Abschluß, d. h. bis zur Ausschüttung der Masse abgelten (vgl. Walter-Joachim 5, für RAGebO., zu § 39, Anm. 7, S. 322 f.; Willenbücher 7, ebda. Anm. 1, S. 212; Quednau, ebda. Anm. 6, S. 466); die „anderweite Verteilung" auf Grund des in dem Widerspruchsprozeß ergangenen Urteils (§ 882 ZPO.) ist aber nur eine Fortsetzung des begonnenen Verteilungsverfahrens, kein neues selbständiges Verteilungsverfahren. Nun hat allerdings die Klägerin für das weitere Verteilungsverfahren einen anderen RA. als ihren ursprünglichen zugezogen. Aber dazu lag kein zwingender Grund vor. An sich bedurfte es gar keines besonderen Antrags an das Vollstreckungsgericht, denn es hat von Amts wegen die Änderung des Teilungsplans und die weitere Verteilung auf Grund des im Widerspruchsprozeß ergangenen Urteils anzuordnen (§ 115 ZwVG., § 882 ZPO.). Hielt es die Klägerin trotzdem für nötig, die Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts anzuregen, so mußte sie, um den Gegnern unnötige Kosten zu ersparen, ihren früheren Anwalt Dr. St. wieder zuziehen, dessen Bureau auch im Jahr 1917/18 offen stand und der selbst gerade im März 1918 persönlich in E. anwesend war. Das folgt aus der entsprechenden Anwendung des Grundgedankens des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO., wonach die Kosten mehrerer Anwälte nur insoweit zu erstatten sind, als in der Person des Anwalts ein Wechsel eintreten mußte. Für die Vertretung der Klägerin im Verteilungsverfahren, um die sich's hier handelt, war der Anwaltswechsel nicht nötig. Daß ihr Prozeßbevollmächtigter im Widerspruchsprozeß an sich auch zum Betrieb der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ermächtigt war (§ 81 ZPO.), kann daran nichts ändern."

Beschluß des OLG. Jena (2. Sen.) v. 14. Juni 1918, 2 W 27/16. Bl. f. Rechtspfl. i. Thür. 64 S. 298.

I. Bürgerliches Recht.

23. Ist ein Grundstücksvertrag bindend abgeschlossen, wenn in ihm noch die Einigung über Auszugsleistungen an den Verkäufer vorbehalten ist?* Umfang des Formzwangs.**

*Vgl. 61 Nr. 74 m. N. **Vgl. 58 Nr. 96; 61 Nr. 151; 66 Nr. 131.
BGB. §§ 154. 313.

Der Beklagte verkaufte durch notariellen Vertrag seinen Grundbesitz für 44000 *M* an den Beklagten. Wegen eines dem Verkäufer und seiner Frau einzuräumenden Auszugs bestimmte der Vertrag nach Regelung der Kaufpreistilgung folgendes:

„Weiter übernimmt der Käufer die Verpflichtung, dem Verkäufer und seiner Frau einen Wohnungs- und Naturalauszug einzuräumen, der an dem Grundstücke 39 für J. eingetragen werden soll. Der Auszug soll in ortsüblicher Weise bestellt werden. Über die Einzelheiten werden die Parteien noch besonders sich verabreden."

Der Kläger klagte auf Grund des Vertrags auf Auflassung. Der Beklagte bestritt, daß ein rechtsgültiger Kauf in Ermanglung einer Einigung über den Umfang der einzelnen Auszugsleistungen zustande gekommen sei. Der Kläger wies demgegenüber darauf hin, daß der Vertrag alle wesentlichen Punkte eines Grundstückskaufs enthalte und daß jeder einheimische Landgutsbesitzer wisse, was für solche Auszugsleistungen üblich sei, wie auch der für die Gemeinden J., K. und Z. zuständige Ortsrichter bestätigen werde, daß er ohne weiteres in der Lage sei, die ortsüblichen Auszugsleistungen für das verkaufte Gut einwandfrei festzustellen. Die Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Wer aus einem Vertrage klagt, muß nachweisen, daß dieser zustande gekommen ist. Nun gilt aber ein Vertrag im Zweifel noch nicht als geschlossen, solange nicht die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB.) Im vorliegenden Fall ist sogar als Wille beider vertragschließenden Teile beurkundet worden, daß über die Einzelheiten des Auszugs die Parteien noch besonders sich verabreden wollen. Damit ist unmißverständlich zum Ausdrucke gebracht worden, daß durch den Hinweis auf die Ortsüblichkeit der Umfang der

Auszugsleistungen noch keineswegs in genügender Weise habe bestimmt werden sollen, wie dies auch sehr begreiflich erscheint, wenn man berücksichtigt, daß wegen der besonderen, durch den Krieg geschaffenen wirtschaftlichen Verhältnisse ein einfaches Zurückgehen auf das, was in gewöhnlichen Friedenszeiten in dieser Hinsicht ortsüblich gewesen sein mag, um so gewisser ausgeschlossen war, als es sich bei der Bestimmung der Naturalleistungen um eine, bis ins einzelne gehende, ziffernmäßige Zusammenstellung der auf den Auszug zu gewährenden Erzeugnisse handelte, und zwar solcher Erzeugnisse, deren Hervorbringung und Verteilung ganz besonders stark durch die ungewöhnlichen Zeitverhältnisse beeinflußt sind. Daher ist es auch undenkbar, daß der Ortsrichter, auf dessen Sachkunde der Kläger verweist, die ortsüblichen Auszugsleistungen für das verkaufte Gut in einer ohne weiteres für die gegenwärtigen Verhältnisse maßgebenden Weise einwandfrei feststellen könnte. Jedenfalls haben aber die Parteien keinen Zweifel darüber gelassen, daß sie die näheren Auszugsbedingungen zu vereinbaren sich selbst vorbehalten haben. Bei dieser Sachlage kann auch nicht angenommen werden, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die vorbehaltene Vereinbarung als geschlossen haben ansehen wollen, und der Kläger kann deshalb seiner Klage nicht durch den an sich richtigen Hinweis darauf aufhelfen, daß die angezogene Vorschrift nur im Zweifel gelte (zu vgl. RGEntsch. 57, 51).

Selbst ein solcher Wille der Parteien würde aber belanglos sein, da es sich um einen Vertrag handelt, der die Übertragung des Eigentums an Grundstücken zum Gegenstand hat und deshalb unter der Formvorschrift des § 313 BGB. steht. Unter dem Formzwange steht aber nicht etwa blos der einzelne auf die Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrags, sondern der ganze Vertrag, d. h. stehen alle Vereinbarungen, aus welchen sich nach dem Willen der Beteiligten der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. Nur solche Vereinbarungen, die mit dem Veräußerungsgeschäfte nicht im inneren Zusammenhange stehen, welche also weder die Eigentumsübertragungspflicht des einen noch die Gegenleistungen des anderen Teils unmittetbar betreffen, stehen außerhalb jener Formregel (zu vgl. RGEntsch. 51, 181.) Nun fallen aber die Auszugsleistungen, die sich der Verkäufer vorbehielt, in den Kreis der Gegenleistungen des Käufers, und es kann daher nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß auf sie die Formvorschrift des § 313 dergestalt Anwendung erleidet, daß dasjenige, was die Vertragschließenden darüber bestimmen wollen, in der dort vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Niederschrift zu beurkunden ist. Der gemachte Vorbehalt hindert also auch aus diesem Grunde das Zustandekommen des notariellen Vertrags solange, als nicht die vorbehaltene Vereinbarung getroffen und — was noch hinzukommen müßte — in der vorgeschriebenen

Form beurkundet worden ist. Solange dies nicht geschehen ist, liegt noch kein fertiger, gültiger Vertrag vor".

Urteil des OLG. Dresden (5. Ziv.-Sen.) v. 18. April 1908. G. w. K. 5 O 33/18. CH.

---

24. Auch bei Nichtkaufleuten ist Bezahlung einer Ware in Kenntnis eines Mangels als Genehmigung des Mangels aufzufassen, es sei denn, daß nach den Umständen ein solcher Schluß unbegründet ist; Unzuständigkeit des Proviantamts für den Verzicht auf Ansprüche wegen mangelhafter Lieferung.

BGB. § 242; HGB. § 377; BGB. §§ 31. 89.

Kläger machte mit der Klage eine an sich unstreitige Forderung von 186 *M* geltend, gegenüber der der beklagte Reichsfiskus mit einer Gegenforderung von 1156,98 *M* aufrechnete und den überschießenden Betrag von 970,98 *M* nebst Prozeßzinsen im Wege der Widerklage forderte. Die Gegenforderung gründete sich auf einen Schadenersatzanspruch wegen Mangelhaftigkeit der Ware. Der Kläger vertrat demgegenüber den Standpunkt, der Mangel sei dadurch genehmigt, daß das für die Abnahme und Zahlung zuständige Proviantamt am 31. Mai die Zahlung durch Absendung des Rechnungsbetrags bewirkt habe, obgleich das von dem, dem Proviantamt unterstellten, Ersatzmagazin eingeforderte Gutachten des hygienischen Instituts bereits am 26. Mai von dem Proviantamt an die Intendantur weitergegeben und am 30. Mai von der Intendantur mit der Verfügung, einen Abzug von 5% vorzunehmen, an das Proviantamt zurückgegeben sei, wo es schon am selben Tage eingegangen sei. Beklagter habe also bei der Zahlung den Mangel gekannt und müsse nach allgemeiner und kaufmännischer Verkehrsauffassung die trotzdem erfolgte Zahlung als Genehmigung gegen sich gelten lassen. Der Widerklage wurde stattgegeben. Aus den Gründen:

„Eine Genehmigung der Ware im Sinne des § 377 HGB. kommt, da Beklagter nicht Kaufmann ist, nicht in Betracht. Kläger beruft sich auch auf eine derartige Genehmigung nicht. Er meint nur, daß Beklagter in Kenntnis des Mangels gezahlt habe und daß eine derartige Zahlung nach allgemeiner Verkehrsauffassung als Genehmigung des Mangels aufzufassen sei. Eine solche Verkehrsauffassung besteht in der Tat; rechtlich betrachtet bedeutet sie aber nichts anderes, als daß nach der Auffassung des Verkehrs die trotz Kenntnis des Mangels einer Kaufsache erfolgende Zahlung der durch Vornahme einer konkludenten Handlung erfolgende Ausdruck des Willens sei, aus dem Mangel keine Rechte herzuleiten. Von einer Verkehrsauffassung kann man daher nur in dem Sinne sprechen, daß im Regelfall dieser Schluß auf den Willen des Zahlenden so selbstverständlich sei, daß eine Nachprüfung der Konkludenz der Handlung sich erübrigt, es kann aber keine Rede davon sein, daß etwa — wie im Falle des § 377 HGB. kraft Gesetzes der Genehmigungs-

wille des Käufers auf Grund seines Verhaltens, ohne Rücksicht auf seinen wirklichen Willen, fingiert wird — so auch kraft Verkehrsauffassung die in Kenntnis des Mangels erfolgende Zahlung unwiderleglich als Äußerung des Willens, auf Rechte aus dem Mangel zu verzichten, gelte. Dem Zahlenden ist daher unverwehrt darzulegen, daß der im allgemeinen berechtigte Schluß aus der Zahlung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles unbegründet sei. So liegt es hier.

Das Proviantamt ist zuständig nur für die Abnahme und Zahlung der Ware, die Entscheidung über Beanstandungen und demgemäß auch darüber, ob auf Mängelrechte verzichtet werden soll, steht allein der Intendantur zu. Daraus aber folgt, daß allein der Wille der Intendantur für die Frage der Genehmigung entscheidend ist. Der Intendantur hat aber nicht nur nicht der Wille der Genehmigung gefehlt, sondern sie hat umgekehrt bereits vor der Zahlung das Proviantamt angewiesen, auf Grund des Mangels einen Abzug von 5% zu machen.

Warum das Proviantamt dennoch die Zahlung vorgenommen hat, ob es auf Grund allgemeiner Anweisung über die Vornahme von Auszahlungen geschehen ist, weil der zuständigen Stelle die entgegenstehende Verfügung noch nicht vorgelegt war, oder aus welchen Gründen sonst, ist daher gleichgültig, denn das Proviantamt ist nicht die für die Frage der Willensbildung der Behörde hinischtlich der Frage der Genehmigung berufene Stelle, und es kommt daher auf die das Proviantamt bei seiner Handlung leitenden Motive, demgemäß auch auf seine Kenntnis der Mängel nicht an.

Demgegenüber kann auch nicht die Erwägung des Landgerichts durchgreifen, daß der Beklagte nach außen hin als einheitliche Rechtspersönlichkeit auftrete und daß es zu seinen Lasten gehe, wenn zwischen seinen einzelnen Organen nicht die genügende Verbindung bestehe, um Erscheinungen der vorliegenden Art zu verhindern: Der Beklagte tritt nicht nur nach außen als einheitlich rechtspersönlich auf, sondern er ist eine einheitliche Rechtspersönlichkeit; aus dieser, seiner Natur als Rechtspersönlichkeit aber folgt eben, daß nicht alle seine Organe in gleicher Weise zur Willensbildung berufen sind, sondern immer nur in dem organisatorisch gegebenen Umfang. Daher reicht Dritten gegenüber die Legitimation der einzelnen Organe zur Vertretung des Beklagten nicht weiter, als nach der Organisation der Behörde vorgesehen ist, und da, wie ausgeführt, das Proviantaml nicht dazu berufen ist, auf Mängelrechte zu verzichten, kann auch aus der Tatsache der vom Proviantamt vorgenommenen Zahlung allein, gleichgültig, ob sie in Kenntnis des Mangels erfolgt ist oder nicht, ein Schluß auf die Willensrichtung der Behörde nicht gezogen werden."

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (4. Sen.) v. 16. Okt. 1918. G. E. w. das Deutsche Reich, vertr. durch die stellvertr. Intendantur des IX. A.-K. Bf. IV 88/18. Nö.

---

25. Annahme der Erfüllung i. S. des § 341 Abs. 3 setzt Abnahme i. S. des § 433 Abs. 2 BGB. und die wenigstens stillschweigende Erklärung voraus, die übernommene Ware als die geschuldete Leistung gelten zu lassen.

BGB. §§ 341 Abs. 3, 363, 433 Abs. 2.

Die Klägerin verlangte als Restkaufgeld für der Beklagten gelieferte Transformatoren die Summe von 7943,05 *M*. Die Beklagte behauptete, daß ihr auf Grund der Lieferungsbedingungen eine Vertragstrafeforderung von 11 912,70 *M* zustehe, weil die Klägerin die Lieferungstermine erheblich überschritten habe. Sie verweigerte daher aufrechnend Zahlung und begehrte zugleich widerklagend die Rückgewähr von 3969,65 *M*, welche die Klägerin wegen ihrer Säumnis auf den Kaufpreis zuviel erhalten haben soll. Das Landgericht gab unter Abweisung der Klage dem Widerklageantrage statt. Das Oberlandesgericht erkannte im wesentlichen nach den Anträgen der Klägerin. Die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen:

„Nach § 7 der Lieferungsbedingungen hat die Klägerin bei Nichteinhaltung der vereinbarten Lieferfristen einen Kaufpreisnachlaß in bestimmter Höhe zu gewähren. Mit Recht hat das Oberlandesgericht diese Klausel als ein Strafversprechen im Sinne der §§ 339, 342 BGB. angesehen (vgl. RGEntsch. 68, 41). Unstreitig ist die Beklagte erst in der Zeit vom 8. Januar bis 2. Juni 1915, d. h. mehrere Monate nach dem festgesetzten Liefertermine in den Besitz der Transformatoren gelangt. Unstreitig hat sie bei deren Empfangnahme einen Strafanspruchvorbehalt nicht gemacht. Sie hält ihn aber auch für überflüssig, da sie ihn bereits Mitte November 1914 bei der Besichtigung der Transformatoren auf dem Werke der Klägerin erklärt habe. Das Oberlandesgericht erachtet indessen die damalige Willenskundgebung, die Strafe zu fordern, als verfrüht für wirkungslos und für ungeeignet, der Beklagten ihren Strafanspruch zu erhalten, weil im November 1914 eine Annahme der Transformatoren als Erfüllung nicht stattgefunden habe und demnach der Vorschrift des § 341 Abs. 3 BGB. nicht genügt worden sei (RGEntsch. 57, 337, 58, 261, 59, 378). Die Auffassung der Novembervorgänge sucht die Revision zu bekämpfen, jedoch ohne Erfolg.

Während die Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2 BGB. lediglich ein tatsächlicher Akt, die Übernahme der Ware aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des Käufers ist, enthält „eine Annahme der Erfüllung" im Sinne des § 341 Abs. 3 BGB. zugleich die ausdrückliche oder stillschweigende rechtsgeschäftliche Erklärung, die übernommene Ware im allgemeinen als die geschuldete Leistung gelten lassen und sie — vorbehaltlich der Rüge etwa später sich herausstellender Mängel — als solche behalten zu wollen. Eine „Annahme der Erfüllung" oder „als Erfüllung" (§ 363 BGB.) setzt daher eine Abnahme, eine körperliche Empfangnahme der Leistung voraus. Ob im Einzelfalle eine Abnahme erfolgt und ob dabei eine Annahmeerklärung

in obigem Sinne abgegeben sei, darüber hat im wesentlichen der Tatrichter zu entscheiden. Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe bei Würdigung der Novemberverhandlung der Parteien den vor ihr liegenden Briefwechsel nicht oder nicht genügend berücksichtigt, ist unbegründet. Den Brief vom 20. Juli 1914, in welchem die Beklagte um umgehende Angabe eines möglichst nahen Termines „zur Abnahme sämtlicher fertiggestellter Transformatoren" ersucht, verwertet der Berufungsrichter sogar zu ungunsten der Schreiberin, da aus ihm hervorgehe, daß auch sie die Fertigstellung der Maschinen als unerläßliche Voraussetzung der Abnahme angesehen habe. Auf Grund dieses Schreibens und der späteren Briefe der Parteien mag der Vertreter der Beklagten, F., bei seiner Reise zur Klägerin geglaubt haben, fertige Transformatoren vorzufinden und sie für die Beklagte abnehmen zu können. Daß es aber zu einer Ab- und Annahme nicht gekommen sei, folgert das Oberlandesgericht daraus, daß die in Augenschein genommenen Transformatoren sämtlich noch im Bau befindlich, also mehr oder minder unfertig gewesen, auf Wunsch der Beklagten nach verschiedenen Richtungen hin abgeändert und verbessert worden und erst mehrere Monate später nach und nach zur Versendung gelangt seien. Demgegenüber erachtet der Berufungsrichter es für belanglos, daß F. damals die baldige Aufgabe der Bestimmnngsorte der Transformatoren in Aussicht gestellt und damit angeblich auf deren Untersuchung auf dem Prüfungsfelde der Klägerin verzichtet habe. Alles das sind tatsächliche Erwägungen, welche sich im Rahmen des § 286 ZPO. bewegen und einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassen ...."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 8. Juli 1918. Ü. B. GmbH. w. B. E. AG. (OLG. Braunschweig). III. 87. 18.

---

26. Mehrere zwischen verschiedenen Personen getätigte Rechtsgeschäfte können ein zusammengesetztes einheitliches Rechtsgeschäft bilden, bei welchem der Rücktritt nur einheitlich von dem ganzen Geschäft erfolgen kann.

BGB. §§ 139. 326. 346. 356.

In einem vom Notar in B. am 8. November 1918 errichteten Notariatsakte ist beurkundet, daß vor diesem Notar die jetzigen Prozeßparteien, sowie der Ehemann der Klägerin erschienen sind, und folgendes vereinbart haben:

1. Der Ehemann der Klägerin verkaufte an den Beklagten ein Grundstück in W. zum Preise von 14500 M, zu dessen Belegung 4500 M Hypotheken übernommen wurden, während die Restkaufpreisforderung von 10000 M von dem Verkäufer an seine Ehefrau, die jetzige Klägerin, abgetreten wurde und „durch die unter 2 vereinbarte Verrechnung beglichen werden sollte." Die Auflassung sollte „4 Wochen nach Beschaffung

des Katastermaterials, spätestens am 1. April 1914", erfolgen; die Übergabe sofort.

2. Der Beklagte verkaufte an die Klägerin a) einen Teil seines Grundstückes in P., welcher katastermäßig noch nicht vermessen war, sowie b) eine von ihm noch vom Wasserbaufiskus zu erwerbende Anschwemmungsfläche zum Preise von zusammen 13000 ℳ, wovon 3000 ℳ bei der Auflassung bar bezahlt werden sollten, während der Rest von 10000 ℳ mit der gleich hohen der Käuferin unter 1) überwiesenen Kaufgeldforderung zu verrechnen war. Der Verkäufer verpflichtete sich, die zur Auflassung der Grundstücke erforderlichen Katasterpapiere auf seine Kosten zu beschaffen. Die Auflassung des Grundstücks sollte innerhalb 14 Tagen nach Beschaffung der Katasterpapiere, spätestens aber bis zum 1. Februar 1914 erfolgen. Die Übergabe des Grundstücks zu a) sollte sofort, die des Grundstücks zu b) sobald es der Verkäufer in Besitz genommen haben würde, erfolgen.

Wegen nicht rechtzeitiger Beschaffung der Katasterpapiere und dadurch verzögerter Erteilung der Auflassung des Grundstücks in P. trat die Klägerin von dem von ihr mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrage über das Grundstück in P. zurück und forderte mit der Klage den „geleisteten Kaufpreis" in Höhe von 10000 ℳ. Die Klage wurde in der Berufungsinstanz abgewiesen, die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß ein (einheitliches) Rechtsgeschäft, wie es in § 139 BGB. vorausgesetzt wird, auch vorliegen kann, wenn der äußeren Form nach mehrere Rechtsgeschäfte, mögen sie auch von verschiedener juristischer Struktur sein, errichtet sind, sofern diese Rechtsgeschäfte wegen ihres, wenn auch zunächst nur wirtschaftlichen, inneren Zusammenhanges tatsächlich und historisch als ein Gesamtvorgang aufzufassen sind, der als solcher gewollt und nur aus äußerlichen Gründen in verschiedenen Teilvorgängen zum Ausdruck gekommen ist. Die rechtliche Möglichkeit eines derartigen Zusammenhangs ist namentlich in solchen Fällen angenommen worden, wo, wie der Berufungsrichter hier bedenkenfrei festgestellt hat, ein als Tauschvertrag gewollter Vertrag über Grundstücke äußerlich in zwei Kaufverträge zerlegt worden ist, besonders wenn diese gleichzeitig oder kurz nacheinander oder in einer Urkunde errichtet worden sind. (RGEntsch. 78, 41 [44]; 79, 436.)

Ohne Grund bezweifelt die Revision, daß ein zusammengesetztes einheitliches Rechtsgeschäft auch dann vorliegen kann, wenn die Parteien der einzelnen Teilrechtsgeschäfte, aus denen es sich zusammensetzt, nicht durchweg die gleichen Personen sind. Dadurch, daß nicht die gleichen Personen in derselben Weise bei allen Einzelgeschäften beteiligt sind, wird der innere Zusammenhang, der das Gesamtgeschäft als ein einheitliches erscheinen

läßt, nicht ausgeschlossen. Auch das ist vom Reichsgericht bereits wiederholt ausgesprochen unter Hinweis darauf, daß ein Rechtsgeschäft auch subjektiv, d. h. in Hinsicht auf die dabei beteiligten Personen, aus mehreren Teilen zusammengesetzt sein kann. (RGEntsch. 62, 185; 69, 175; 79, 436.)

Die Grundsätze, welche für den Begriff des einheitlichen Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 BGB. maßgebend sind, haben aber, wie das Reichsgericht gleichfallls bereits anerkannt hat (RGEntsch. 67, 104) auch Anwendung zu finden, wenn es, wie im vorliegenden Falle, sich um die Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Vertrage auf Grund der §§ 326, 346 ff. BGB. handelt. Die aus diesen Bestimmungen sich ergebende Einheitlichkeit des Rücktrittsrechts bedeutet, daß das gesamte Rechtsgeschäft nur einheitlich stehen und fallen soll und daß deshalb der Rücktritt von einem Teile des Rechtsgeschäfts unwirksam ist. Deshalb kann gemäß § 356, wenn bei einem einheitlichen Vertrage auf der einen Seite mehrere Personen in der Weise beteiligt sind, daß die Beteiligung einer jeden von ihnen nur für einen Teil des Gesamtgeschäfts in Betracht kommt, das Rücktrittsrecht von ihnen nur gemeinschaftlich für das ganze Rechtsgeschäft ausgeübt werden. Als auf der gleichen Seite Beteiligte kommen bei dem hier vorliegenden zusammengesetzten Rechtsgeschäfte die Klägerin als Käuferin des Grundstücks in P. und der Ehemann der Klägerin als Verkäufer des Grundstücks W. in Betracht, weil sie beide dem Beklagten als Gegenkontrahenten gegenüberstehen. Der Berufungsrichter hat daher ohne Rechtsirrtum angenommen, daß das Rücktrittsrecht nur von beiden gemeinschaftlich in der Weise ausgeübt werden kann, daß beide Kaufverträge rückgängig gemacht werden. Die Rücktrittserklärung, auf die der Klagantrag gestützt ist, ging aber nur von der Klägerin aus und bezog sich lediglich auf das ihr von dem Beklagten verkaufte Grundstück in P., während der Ehemann der Klägerin dabei nicht mitgewirkt hat und zudem, wie der Berufungsrichter feststellt, ein Interesse daran hat, das „Grundstück in W. nicht vou dem Beklagten zurückzunehmen. . . . ."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Juli 1918. H. w. M. (KG. zu Berlin). V. 111/18.

---

27. Bedeutung und Anwendungsgebiet der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten".

Vgl. folgende Nr.

BGB. §§ 447, 157; HGB. § 346.

Klägerin behauptete, am 19. Januar 1915 vom Beklagten 100 Tierces amerikanisches Schmalz, „Purelard", Marke Nelson, Morris & Co., gekauft zu haben. Da die Lieferung bestimmt verweigert wurde, begehrte sie klagend Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Beklagter berief sich auf die Vertragsklausel „Glückliche Ankunft vorbehalten", da er das Schmalz niemals

erhalten habe. Das Berufungsgericht verwarf den Einwand, weil die Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten“ nur die Bedeutung haben könne, daß der Verkäufer von der Lieferungsverpflichtung frei werden solle, wenn es unmöglich sei, auf dem Seewege Waren der in Rede stehenden Art einzuführen, diese Unmöglichkeit aber nicht vorgelegen habe. Das Reichsgericht hielt den Einwand mit folgender Begründung für unbeachtlich:

„Der Tragweite der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten“, mit der sich dieser Senat bereits mehrfach — vgl. die Urteile II. 38/17, II. 427/17, II. 465/17 — beschäftigt hat, wird weder das Berufungsurteil noch die Revision gerecht.

Durch diese Klausel wird der Kaufvertrag auflösend bedingt: wenn die Ware nicht „glücklich ankommt“, soll der Vertrag aufgehoben sein. Um ermessen zu können, ob die Ware glücklich angekommen ist, muß ihre Identität, d. h. ihre Bestimmung zum Gegenstand der Vertragerfüllung feststehen. Hierzu genügt nicht eine interne Bestimmung seitens des Verkäufers, der beabsichtigt, die betreffende Ware zur Erfüllung des Vertrages zu verwenden: denn hierdurch wird er zu dieser Verwendung nicht verpflichtet. Die Ware ist nur dann objektiv Gegenstand der Vertragerfüllung, wenn entweder von vornherein ein Speziesverkauf vorliegt oder im Falle des Gattungskaufs eine Spezialisierung des Kaufgegenstandes gemäß BGB. § 243 Abs. 2 erfolgt ist. Auf diese beiden Fälle beschränkt sich daher rein logisch das Anwendungsgebiet der Klausel.

Das verkennt die Revision. Das Berufungsgericht empfindet, daß die Klausel ihrem Wortlaut nach auf einen reinen Gattungskauf, wie er vorliegt, keine Anwendung finden kann; es sucht ihr deshalb eine Deutung zu geben, die es ermöglichen soll, sie mit dem vorliegenden Vertrag in Einklang zu bringen. Diese Deutung ist willkürlich, aber auch unnötig. Denn auch nach ihrem natürlichen Wortlaut wird die Klausel in Fällen wie dem vorliegenden dann — aber auch nur dann — praktisch, sobald die Spezialisierung der Gattungsware erfolgt ist.

Diese hat der Beklagte nicht vorgenommen. Er hat der Klägerin weder ein gehörig indossiertes Konnessement zugehen lassen noch — vgl. RGEntsch. 88, 392 — eine gehörige Verladungsanzeige erstattet.“

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 14. Juni 1918. G. w. S. u. Sch. (KG. zu Berlin). II. 139/18. Auch in Entsch. 93 Nr. 54 S. 171.

---

28. Zur Bedeutung der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten“ im Binnenhandelsverkehr.

Vgl. vor. Nr.

BGB. §§ 447, 325, 157; HGB. § 346.

Klägerin hat auf Schadenersatz wegen Nichtlieferung von Zigarren geklagt. Der Beklagte hat u. a. eingewendet, der Vertragschluß sei unter



dem ausdrücklichen Vorbehalt „glücklicher Ankunft" erfolgt. Die glückliche Ankunft hätte nicht erfolgen können, weil seine Lieferantin ihm nicht habe liefern können. Die fragliche Klausel habe unter der Einwirkung des Krieges die Bedeutung gewonnen, daß der Verkäufer von der Lieferung befreit sei, falls die Ware aus irgendeinem Grunde, gleichgültig, ob sie abgesandt sei oder nicht, nicht ankomme. Der Beklagte wird antragsgemäß verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß der bei der mündlichen Verhandlung angeblich geschehene Vorbehalt der „glücklichen Ankunft" der Ware nicht die von dem Beklagten gewollte Bedeutung hat. Nach der dem Beklagten gegebenen Auslegung soll dieser von der Verpflichtung zur Lieferung befreit sein, wenn sein Lieferant aus irgendeinem Grunde ihm keine Ware liefert. Das Berufungsgericht hält es für ausgeschlossen, daß angesichts des klaren Wortlauts der fraglichen Vertragklausel sich im Laufe des Krieges ein ihrem Wortlaut völlig zuwiderlaufender Handelsbrauch hat entwickeln können. Die Klausel ist von dem Seegeschäft übernommen. Sie kann auf eine Lieferung aus dem Binnenlande übertragen, nur den Sinn haben, daß der Verkäufer die Gefahr des Transportes ablehnt. Im vorliegenden Falle ist aber die Ware überhaupt nicht zum Versand gebracht.

Die Klausel kann sonach den Beklagten ebensowenig von der Lieferungspflicht befreien wie der Umstand, daß sein Lieferant ihm die Zigarren nicht geliefert hat, weil die Fabrik, in der sie hergestellt werden sollten, keinen Tabak zur Herstellung dieser Zigarren infolge einer Beschlagnahme durch die Militärbehörden zur Verfügung gehabt hätte. Daß kein Tabak in Deutschland mehr vorhanden war, um die Zigarren der hier fraglichen Qualität herzustellen, hat Beklagter nicht behauptet; ebensowenig, daß Zigarren der hier fraglichen Qualität nicht mehr aufzutreiben waren. Der Beklagte hat sonach nicht dargetan, daß die Lieferung der Zigarren nach Abschluß des Vertrages aus Gründen, die er nicht zu vertreten hätte, unmöglich geworden wäre. . . . ."

Urteil des OLG zu Hamburg (3. Sen.) v. 22. Okt. 1918. C. & M. w. E. A. Bf. III. 99/18. Nö.

---

29. Schadenersatzanspruch des Pächters wegen unterlassener Wiederinstandsetzung der durch Brand beschädigten Pachtsachen.

Vgl. 65 Nr. 162.
BGB. §§ 581. 536.

Auf der von der Beklagten an die Klägerin verpachteten Ziegelei wurde ein Teil der Gebäude und des Inventars durch Feuer zerstört. Die Beklagte lehnte die Wiederinstandsetzung ab. Die Klägerin forderte deshalb Schadenersatz. Die Erstattung der dabei von ihr in Rechnung

gestellten Auslagen, welche durch Neu- und Umbauten sowie durch Anschaffungen entstanden sein sollen, glaubte sie auch unter dem Gesichtspunkt von Verwendungen (§ 547 BGB.) fordern zu können. Das Oberlandesgericht erklärte den Klaganspruch, soweit er als Schadenersatzforderung geltend gemacht wird, dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Verpächter hat die Pachtsache während der Pachtzeit in einem zum vertragmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten. (§§ 581, 536 BGB.) Diese Obliegenheit schließt nach Befinden auch die Verpflichtung in sich, die auf dem verpachteten Grundstück stehenden, dem Pächter zum Gebrauch überlassenen Gebäude im Falle der Zerstörung durch Brand wiederherzustellen nnd das dabei untergegangene vom Pachtvertrag miterfaßte Inventar durch neues zu ersetzen. Die Grenzen, innerhalb deren diese Verpflichtung Platz greift, sind nach der Entscheidung des erkennenden Senats in der Sache III 137/09 — vgl. Warn. Rspr. 1910 Nr. 146. (Seuff.-A. 65 Nr. 162) — dahin zu ziehen, daß das Pachtgrundstück mit deu wiederhergestellten Gebäuden und dem neuangeschafften Inventar wirtschaftlich als dieselbe Sache erscheinen muß, wie vor dem Brande, und daß die Wiederinstandsetzung nicht mit Kosten verbunden sein darf, deren Aufwendung dem Verpächter nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Auf dem Boden dieser Rechtsanschauung steht das angefochtene Urteil. Daß der Berufungsrichter bei der Anwendung des Grundsatzes fehlgegriffen habe, kann der Revision nicht zugegeben werden. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, wenn er bei der Beurteilung des dem Verpächter billigerweise anzusinnenden Aufwands die dem Verpächter zustehende Brandentschädigung in Betracht zieht. Die Frage, ob die Belastung mit der Herstellungspflicht eine mit Treu und Glauben unverträgliche Härte für die Beklagte bedeutet, konnte zutreffend nur auf dem vom Vorderrichter eingeschlagenen Wege der Interessenabwägung beantwortet und bei dieser konnte ohne Rechtsverstoß auch der der Beklagten geleistete Schadenersatz in Erwägung gezogen werden. Unter demselben Gesichtspunkt erscheint es einwandfrei, daß die von der Klägerin in das Grundstück gemachten Verwendungen berücksichtigt worden sind. Auch gegen das Ergebnis der Interessenabschätzung walten rechtliche Bedenken nicht ob. . . . .“

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 28. Juni 1918. A.-B. K. w. Gebr. M. OLG. (Düsseldorf). III. 118/18.

---

30. Wer hat die Zuwachssteuer bei der stiftungsmäßig zugelassenen Veräußerung eines zu einem Fideikommiß gehörigen Grundstücks zu tragen?

Wertzuwachssteuerges. v. 14. Febr. 1911 § 29.

Aus den Gründen des Beschwerdebeschlusses:

„Der Stifter und dermalige Nutznießer des E.'schen Familienfideikommisses hat sich in der Stiftungsurkunde das Recht vorbehalten, die dem Fideikommiß gewidmeten Gegenstände zu veräußern, wogegen er „den gesamten Erlös als Ersatz für die veräußerten Gegenstände in das Fideikommiß in mündelsicheren Werten wieder einzubringen" hat. Auf Grund dieses Vorbehalts hat er mit notarieller Urkunde das zum Fideikommiß gehörige Anwesen in S. um 85000 *M* verkauft und den Kaufpreis in Gestalt von mündelsicheren Wertpapieren für das Fideikommiß bei der Filialbank hinterlegt. Das Fideikommißgericht hat den Verkauf genehmigt, jedoch angeordnet, „die Abgaben für den Wertzuwachs hat selbstverständlich der Fideikommißbesitzer zu tragen".

Die gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde des Fideikommißbesitzers ist begründet. Nach § 29 des Zuwachssteuergesetzes vom 14. Februar 1911 (RGBl. S. 33) obliegt die Entrichtung der Zuwachssteuer demjenigen, dem das Eigentum an dem Grundstück vor dem die Steuerpflicht begründenden Rechtsvorgange zugestanden hat. Hinsichtlich der zu einem Fideikommiß gehörigen Gegenstände steht die bayerische Fideikommißgesetzgebung auf dem Standpunkt, daß das Eigentum an ihnen nicht dem jeweiligen Nutznießer allein, sondern auch den zur Nachfolge Berechtigten, den Anwärtern, zusteht (vgl. §§ 42, 43 der 7. Verfassungsbeilage). Es kann nun dahingestellt bleiben, ob im Sinne des Zuw.St.G. das Eigentum an einem zu einem Fideikommiß gehörigen Grundstück nur dem jeweiligen Nutznießer oder auch der Gesamtheit der Anwärter zusteht, ob also dem Staate gegenüber der Nutznießer als derjenige erscheint, der die Zuwachssteuer zu entrichten hat. Denn im Verhältnis nach Innen kann es nach dem Zweck des Zuw.St.G. nicht zweifelhaft sein, daß die Steuer nicht von dem Nutznießer, sondern von dem Fideikommiß als solchem zu tragen ist. Die Steuer soll die ohne Zutun des Eigentümers durch den Lauf der Zeit oder durch besondere Verhältnisse herbeigeführte Werterhöhung treffen, also denjenigen, der den Vorteil einer derartigen Werterhöhung genießt. Diesen Vorteil hat aber bei einem zu einem Fideikommiß gehörigen Grundstück nicht der Nutznießer, sondern das Fideikommiß selbst, dem die aus dem versteuerten Wertzuwachs sich ergebende Mehrung des Stammvermögens zugute kommt; es ist deshalb nicht ersichtlich, warum es nicht auch die mit dieser Vermögensmehrung verbundene Last tragen sollte.

Das scheint auch das Oberlandesgericht an und für sich nicht zu bezweifeln, denn es leitet die Selbstverständlichkeit, mit der es die Verpflichtung

des Fideikommißbesitzers gegeben erachtet, aus dem Wortlaut des Vorbehaltes ab, wobei es offenbar die Bestimmung des Vorbehaltes im Auge hat, daß der gesamte Erlös für die verkauften Gegenstände in das Fideikommiß einzubringen ist. Allein hieraus kann eine Verpflichtung des Fideikommißbesitzers, die Zuwachssteuer zu tragen, nicht abgeleitet werden. Dies würde voraussetzen, daß die Worte „gesamter Erlös" in dem Sinne von „Bruttoerlös" gemeint waren; dafür bestehen aber keinerlei Anhaltspunkte. „Erlös" ist das, was für einen verkauften Gegenstand in das Vermögen des Veräußerers kommt, also der Kaufpreis abzüglich der mit dem Verkauf verbundenen Auslagen und Lasten. Es wird Niemanden in den Sinn kommen, von dem Veräußerer, der den Erlös abzuliefern hat, zu verlangen, daß er etwa Hypotheken, die auf dem verkauften Grundstück lasten und anläßlich des Verkaufs fällig geworden sind, oder Bodenzinse und ähnliche Lasten, die wegen des Ankaufs abzuliefern sind, aus seiner Tasche trägt. Warum das bei der Zuwachssteuer anders sein soll, ist nicht ersichtlich, auch dann nicht, wenn wie hier der „gesamte Erlös" abzuliefern ist. Dies kann hier nichts anderes bedeuten, als daß der Veräußerer verpflichtet sein soll, den ganzen Reinerlös in das Fideikommiß einzubringen, nicht etwa nur den — hier erheblich niedrigeren — in der Stiftungsurkunde angegebenen Wert. Hiernach war der Beschluß des Oberlandesgerichts insoweit aufzuheben, als in ihm ausgesprochen ist, daß die wegen des Verkaufs des Anwesens in S. zu entrichtende Abgabe für den Mehrzuwachs von dem Fideikommißbesitzer zu tragen ist.

Beschluß des Ob.Landesgerichts in München v. 14. Sept. 1918 in Sachen betr. das E.'sche Familienfideikommiß Reg. III Nr. 49/1918.

F—z.

---

31. Die Besorgnis, daß die Eintragung einer vertraglich bewilligten Grunddienstbarkeit dem dienenden Grundstücke zum Nachteil gereichen kann, gibt dem Verpflichteten kein Recht, die Beschaffung der Eintragung zu verweigern.

BGB. §§ 1019, 1026.

Am 24. November 1898 verkaufte die Beklagte von ihrem in B. belegenen Gelände dem Kläger ein Trennstück. In § 5 verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger eine Reihe Grunddienstbarkeiten zu Gunsten des von ihm erworbenen Grundstückes eintragen zu lassen. Von diesen Grunddienstbarkeiten wurde u. a. folgende streitig:

„Die Verkäufer übernehmen die Verpflichtung, daß in dem westlich vor des Käufers Grundstück befindlichen Tale nur Einzelwohnhäuser errichtet werden, und daß diese Einzelwohnhäuser nur so hoch erbaut werden dürfen, daß der Ausblick von dem jetzt im Bau befindlichen Wohnhause des Käufers auf die Elbe freibleibt". Es werden dann die Grenzen des mit dieser Be-

schränkung zu belegenen Terrains genau festgelegt, auch vereinbart, daß die Grenzen amtlich festgestellt werden sollen. Kläger hat auf Verurteilung der Bekl. zur Bewilligung der Eintragung der Grunddienstbarkeit in das Grundbuch geklagt. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Bezüglich der Aussichtsgerechtsame ist der Beklagten nicht zu folgen. Die Besorgnis, daß die Eintragung einer vertraglich bewilligten Grunddienstbarkeit dem dienenden Grundstücke zum Nachteile gereichen und bezüglich ihrer Tragweite zu Streitigkeiten Anlaß geben könne, gibt dem Verpflichteten kein Recht, die Beschaffung der Eintragung zu verweigern. Es kommt lediglich darauf an, ob die vereinbarte Grunddienstbarkeit ihrem ganzen Umfange nach dem herrschenden Grundstücke Vorteil bietet und im übrigen so genau umschrieben ist, daß ihrer Eintragung im Grundbuche keine wesentlichen Bedenken entgegenstehen.

Die Beklagte meint, daß nach der Lage der in Betracht kommenden Gelände nicht der ganze, im Vertrage vorgesehene Teil ihres Grundstücks von der Aussichtsgerechtsame betroffen werde, und daß daher der Kläger, welcher trotzdem den im Vertrage bezeichneten Teil des Grundstücks der Beklagten belastet verlange, gegen die Vorschrift des § 1019 BGB. verstoße. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Die dem Kläger im Vertrage eingeräumte Grunddienstbarkeit schreibt vor, daß ein gewisser, näher umgrenzter Teil des Grundstücks der Beklagten nur mit Einzelwohnungen in solcher Höhe erbaut werden dürfe, daß dem zurzeit im Bau befindlichen Wohnhause des Klägers freie Aussicht auf die Elbe verbleibe. Diese Belastung bietet dem Grundstücke des Klägers in ihrem vollen Umfange Vorteil. Die Tatsache, daß nach Sachlage nur ein Teil des Geländes der Beklagten und von diesem Teile wiederum nur ein kleinerer Teil, als im Vertrage vorgesehen, von der Belastung betroffen wird, hat mit der Vorschrift des § 1019 BGB. nichts zu tun. Unter der Voraussetzung, daß im übrigen der in § 1019 BGB. aufgestellte Grundsatz beachtet wird, steht es durchaus frei, dem gesamten Grundstücke eine Dienstbarkeit aufzuerlegen, welche nur einen Teil desselben betrifft.

Gerade für diesen Fall trifft der § 1026 BGB. Vorsorge. Wird das dienende Grundstück geteilt, so werden, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstückes beschränkt ist, die Teile, welche außerhalb des Bereiches der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei. Daß hiervon abgesehen im vorliegenden Falle bei Abtrennung weiterer Teilstücke zweifelhaft werden kann, ob das abgetrennte Stück in den Bereich der Belastung fällt, mag zugegeben werden. Es ist denkbar, daß rein tatsächlich ein vertraglich unter die Belastung fallendes Trennstück nicht in den Aussichtsbereich hineinragt. Aber diese Zweifel können, wie bereits oben ausgeführt, keine entscheidende Rolle

spielen. Nicht mindere Zweifel können entstehen, wenn dem Verlangen der Beklagten nachgegeben und für den Aussichtsbereich ein bestimmter Kreisausschnitt festgelegt werden würde. Denn es steht keineswegs fest, daß die in Betracht kommenden Gelände in aller Zukunft unverändert bleiben werden. Antragungen und Erhöhungen können die Sachlage wesentlich verändern, und es muß daher in jedem Einzelfalle besonderer Prüfung überlassen bleiben, ob die mit der Grunddienstbarkeit belasteten Geländeteile dem Inhalte der Belastung entsprechend benutzt werden. . . ."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 20. Dez. 1917. C. J. w. St. & A. Bf. VI 262/13. Nö.

---

32. Anspruch der Frau auf Zahlung einer Unterhaltsrente.

Vgl. 64 Nr. 72 m. N.
BGB. §§ 1360 Abs. 3; 1361.

Die Klägerin verlangte von dem Beklagten, ihrem Ehemanne, von dem sie getrennt lebte, Zahlung einer Unterhaltsrente. Der Beklagte, der das Recht der Klägerin zum Getrenntleben bestritt, wurde in beiden Instanzen verurteilt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Beklagte will zwar nach seiner letzten, der Entscheidung über seine Berufung zugrunde zu legenden Erklärung die Klägerin in seinem Hause aufnehmen, nicht aber die volle eheliche Lebensgemeinschaft mit ihr wiederherstellen. Er weigert sich also, der Frau den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise (zu vgl. § 1360 Abs. 3 BGB.) zu gewähren. Diese Weigerung überhebt aber die Klägerin des Nachweises, daß sie ihrerseits ein Recht zum Getrenntleben aus dem Verhalten des Beklagten herzuleiten in der Lage sei (OLGRspr. 7, 101). Es braucht daher der Beweis nicht erhoben zu werden, den sie für das ehewidrige Verhalten ihres Mannes angeboten hat. Sie kann ohne weiteres verlangen, daß ihr der Beklagte den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente gewähre. . . . . ."

Urteil des OLG. zu Dresden (5. Sen.) v. 13. Juni 1918, M. w. M. 5 O. 163/17. Ch.

---

33. Zum Begriff der „groben Mißhandlung" i. S. des § 1568 BGB.

BGB. § 1568.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß der Kläger die Beklagte mit einem fingerdicken, etwa 30 cm langen Polizeigummiknüppel geschlagen hat und hält es nicht für ausgeschlossen, daß der Kläger ihr nicht nur, wie er zugibt, damit einen Schlag auf das Gesäß, sondern mehrere Schläge versetzt habe, worin es an sich eine zweifellos schwerere

Mißhandlung erblickt. Als erheblich schuldmindernd zieht es aber die Erregung in Betracht, in welche der Kläger damals infolge des ihm gerade in jener Zeit bekannt gewordenen Verhältnisses der Beklagten zu ihrem Liebhaber St. versetzt worden sei. Es hält außerdem die Darstellung des Klägers nicht für widerlegt, daß Beklagte an diesem Morgen, nachdem sie in der Nacht vorher nach zweitägiger Abwesenheit zurückgekehrt sei, einen Geldbetrag von 50 *M* von ihm gefordert habe, ihn vor Zahlung des Geldes nicht habe ins Geschäft fortgehen lassen wollen, sondern ihm den Weg vertreten, ihn ins Gesicht geschlagen, ihm den Zwicker, der zerbrochen sei, heruntergeworfen und ihn einen elenden Lumpen geheißen habe, so daß er in größter Erregung behufs Abwehr der Beklagten zu dem Polizeiknüppel gegriffen und ihr damit einen Schlag gegeben habe. Unter diesen Umständen wird in dem Berufungsurteil jene Mißhandlung dem Kläger nicht als schwere Eheverfehlung angerechnet.

Die Revision bekämpft diese Beurteilung mit der Ausführung, daß selbst eine berechtigte Erregung über eheliche Untreue nicht eine so grobe Mißhandlung rechtfertigen könne. Allein der Standpunkt des Berufungsrichters ist rechtlich nicht zu beanstanden. Würde die Mißhandlung als eine grobe anzusehen sein, so würde sie allerdings nach Vorschrift des § 1568 letzter Satz BGB. als eine schwere Eheverfehlung zu gelten haben. Für das Vorhandensein einer groben Mißhandlung kommt es aber nicht nur auf die äußere Beschaffenheit der Tat und die Folgen der Verletzung, sondern wesentlich auch auf die Umstände, unter denen sie geschah, und die hierin sich offenbarende Gesinnung des Täters an. Wie unter Umständen eine nicht erhebliche Mißhandlung sich als eine grobe, als eine besonders rohe, das allgemeine Rechtsempfinden schwer verletzende Mißhandlung darstellen kann, so kann auch umgekehrt einer an sich erheblichen Mißhandlung nach der besonderen Sachlage die Eigenschaft einer groben Mißhandlung genommen sein (vgl. Urteile des erkennenden Senats JW. 04, 204, 17; 07, 711, 20; 08, 276, 12; 11, 717, 18). Mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts steht es hiernach durchaus in Einklang, wenn das Berufungsgericht wegen der berechtigten Erregung des Klägers über die Untreue der Beklagten, die er festgestelltermaßen am 30. August in Begleitung des St. betroffen hatte, in Verbindung mit dem weiteren Umstande, daß nach der nicht widerlegten Darstellung des Klägers der Schlag mehr zur Abwehr der Beklagten geführt ist, der fraglichen Mißhandlung, deren Erheblichkeit es nicht verkennt, den Charakter einer schweren Eheverfehlung und, wie danach anzunehmen, auch einer groben Mißhandlung nicht zuerkennt. Daß in Ehescheidungssachen der Kläger oder Widerkläger zur Ermöglichung der Beurteilung, ob eine schwere Eheverfehlung anzunehmen ist, den Hergang in seinem

vollen Umfange klarzulegen hat, ist anerkannten Rechtens. Dem Berufungsgericht kann auch nicht vorgeworfen werden, bei dieser Beurteilung das sittliche Wesen der Ehe verkannt zu haben. Ein Verstoß hiergegen mag anzunehmen sein, wenn eine Mißhandlung, die gegenständlich in herabwürdigender und roher Weise zugefügt ist, wie in dem in der J. W. 1907, 711, 20 behandelten Falle, aus Gründen, die dem rein persönlichen Gebiete angehören, nicht als schwere Eheverfehlung beurteilt wird. Ein solcher Tatbestand ist jedoch hier nicht gegeben. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 24. Okt. 1918. K. w. K. (OLG. Stuttgart). IV. 220/18.

---

34. Das Recht, vom Vorerben ein Bestandsverzeichnis, Auskunfterteilung und Sicherheitsleistung zu verlangen, ist ein Individualrecht des einzelnen Nacherben; Voraussetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung.

BGB. §§ 2121. 2127. 2128.

Die Beklagte ist Vorerbin, die Klägerin und deren Geschwister sind Nacherben des Vaters der Klägerin. Die Klägerin verlangte von der Beklagten Mitteilung eines Verzeichnisses der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände, Auskunfterteilung über den Nachlaßbestand und Sicherheitsleistung. Die Beklagte bestritt ihre Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, wurde jedoch dazu in zwei Instanzen verurteilt. Ihrer Revision wurde zwecks weiterer tatsächlicher Aufklärung stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„. . . Es erhebt sich zunächst die Frage, ob die Klägerin verlangen kann, daß ihr selbst als Nacherbin die Sicherheit geleistet werde, oder ob sie zur Leistung an die Gemeinschaft der Nacherben klagen muß.

Es dürfte aber kein begründeter Zweifel darüber bestehen, daß jeder einzelne Nacherbe die Rechte aus §§ 2121, 2127, 2128 selbständig, auch ohne Mitwirkung und selbst gegen den Willen der übrigen Nacherben geltendmachen kann (vgl. auch Planck Bem. 1 zu § 2127). Die Ansprüche aus §§ 2121, 2127, 2128 dienen zwar dazu, den Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft (§ 2130) vorzubereiten und die Herausgabe kann der einzelne Nacherbe nur an die Nacherben gemeinschaftlich fordern. Ein entscheidender Gegengrund kann aber daraus nicht hergeleitet werden. Vor dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben besteht nur eine Anwartschaft des einzelnen Nacherben, die sich in den vom Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumten Befugnissen, wie sie u. a. in den §§ 2121, 2127, 2128 normiert sind, erschöpft und die lediglich die Kehrseite der Beschränkung der Vorerben bilden. Es handelt sich um Individualbefugnisse des Nacherben, die er geltendmachen kann, soweit sein berechtigtes Interesse reicht. Ein solches Interesse braucht bei den übrigen Nacherben überhaupt

nicht oder nicht in dem gleichen Maße vorhanden zu sein. Irgendein nennenswerter Nachteil kann der Vorerbin nicht erwachsen, wenn sie den einzelnen Nacherben auf sein Verlangen Sicherheit leistet, sofern — wie das hier geschehen ist — die Sicherheit nach der Höhe seines Erbteils bemessen wird.

Zu Bedenken gibt dagegen die Entscheidung in der Sache selbst Anlaß. Zwar ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in einer von der Vorerbin „betätigten Neigung die Nacherben über den Bestand der Erbschaft im unklaren zu lassen und sich durch die Nacherbin bei ihren Verfügungen nicht stören zu lassen" ein Verhalten im Sinne des § 2128 erblickt, welches geeignet ist, die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte der Nacherbin zu begründen. Denn unter einem solchen Verhalten ist jedwedes Tun oder Unterlassen des Vorerben zu verstehen, welches jene verderbliche Folge für den Nacherben haben kann. Weder Arglist noch überhaupt eine Pflichtwidrigkeit braucht den Vorerben hierbei zur Last zu fallen. Mit Recht rügt aber die Revision, daß es an einer prozeßgerechten Feststellung einer solchen Neigung der Vorerbin mangelt (wird ausgeführt).

Nun wäre allerdings zur Feststellung der Voraussetzungen des § 2128 der Nachweis einer Neigung der Beklagten die Nacherben über den Bestand der Erbschaft im unklaren zu lassen, nicht erforderlich gewesen. Es hätte u. a. schon die Tatsache nicht ordnungsmäßiger Errichtung des Inventars genügt. Allein ob dieses Verhalten allein oder in Verbindung mit den übrigen festgestellten Unregelmäßigkeiten geeignet war, die Voraussetzungen des § 2128 zu erfüllen, ist eine Frage tatsächlicher Art, die der erneuten Entscheidung des Berufungsgerichts anheimgegeben werden muß. . . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 26. Sept. 1918. L. w. L. (OLG. Köln). IV. 209. 18.

---

35. Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge eines Kindes, dem der Pflichtteil wirksam entzogen ist;* der zwischen dem Kinde und dem Erben über den Pflichtteil geschlossene Vergleich ist auf das Pflichtteilrecht der Abkömmlinge ohne Einfluß.

*Vgl. 69 Nr. 8.

BGB. §§ 2309. 2303. 2333.

Der verstorbene B. hatte in seinem Testament vom 4. Sept. 1901 seine Ehefrau, seine Tochter H. und seinen Sohn F., den Beklagten, zu Erben eingesetzt. Seinen Sohn G. hat er für abgefunden erklärt und seiner Tochter J. St., der Mutter der Klägerin, den Pflichtteil auf Grund des § 2333 Nr. 3 BGB. entzogen. Diese focht die Pflichtteilentziehung an, schloß dann aber mit ihrer Mutter und dem Beklagten ein Abkommen, in dem sich die Mutter verpflichtete, ihr auf Lebenszeit eine Rente von 1600 ℳ jährlich und ein Kapital von 1500 ℳ zu zahlen. Nach dem —

inzwischen erfolgten — Tode der Mutter sollte die Verpflichtung zur Zahlung der Rente auf den Beklagten übergehen, der auch ihre Sicherstellung übernahm. Dagegen verzichtete J. St. auf ihren Pflichtteil nach ihrem Vater und auf alle Ansprüche auf den Nachlaß ihrer Mutter. Mit der Klage begehrte die Klägerin die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr den Pflichtteil aus dem Nachlaß ihres Großvaters zu zahlen und Verurteilung des Beklagten zur Auskunfterteilung über diesen Nachlaß. Landgericht und OLG. wiesen die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Annahme des Berufungsgerichts, daß schon durch das von der Mutter der Klägerin mit dem Beklagten getroffene Abkommen das Pflichtteilsrecht der Klägerin beseitigt sei, ist rechtlich unhaltbar. Die Frage, ob der Klägerin als dem entfernteren Abkömmling ein selbständiger Pflichtteilsanspruch zusteht, ist nach § 2309 BGB. in Verbindung mit § 2303 und den diesen ergänzenden §§ 2305—2307 zu beantworten. Nach den Grundsätzen der §§ 2303, 2305—2307 steht auch dem entfernteren Abkömmling ein selbständiger Pflichtteilsanspruch zu unter der doppelten Voraussetzung, daß er ohne die letztwillige Verfügung als nächster gesetzlicher Erbe berufen ist, und daß er von der Erbschaft durch die letztwillige Verfügung ausgeschlossen oder nur nach Maßgabe der §§ 2305—2307 bedacht worden ist unter den dort angegebenen Bedingungen. Hinzu tritt nach den Bestimmungen der §§ 2333, 2346, 2345 die weitere negative Voraussetzung, daß der Pflichtteilsanspruch nicht durch rechtmäßige Entziehung, Verzicht gegenüber dem Erblasser oder Anfechtung wegen Unwürdigkeit zur Zeit des Erbfalls in Wegfall gekommen ist oder in diesem Zeitpunkt als weggefallen gilt. Die erste dieser Voraussetzungen ist nach den hier in Betracht kommenden Bestimmungen der §§ 1924 Abs. 2, 2346, 1953, 2344, 1938 gegeben, wenn der nähere Abkömmling zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebt oder so angesehen wird, als ob er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr lebte, wenn er also entweder durch Vertrag mit dem Erblasser für seine Person auf sein Erbrecht verzichtet oder die Erbschaft ausgeschlagen hatte, oder für erbunwürdig erklärt war oder endlich wenn er von der Erbfolge durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen war. RGEntsch. 61, 16). Da nun gerade die Ausschließung des näheren Abkömmlings von der Erbfolge nach § 2303 die Wirkung hat, daß schon dem näheren Abkömmling der Pflichtteilsanspruch erwächst, sofern er ihn nicht nach den Bestimmungen der §§ 2333, 2346, 2345 zur Zeit des Erbfalls eingebüßt hat, und da das gleiche gilt, wenn die Voraussetzungen der Pflichtteilsberechtigung nach den §§ 2305—2307 schon in der Person des näheren Abkömmlings eintraten, so bestimmt der § 2309, um eine Vervielfältigung der Pflichtteilslast zu vermeiden, einschränkend, daß in allen diesen hiernach eintretenden Fällen einer Pflichtteilsberechtigung des näheren Abkömmlings

die nach den obigen Grundsätzen sich ergebende Pflichtteilsberechtigung des entfernteren Abkömmlings entfallen soll und ordnet weiter an, daß das gleiche gelten soll, wenn der nähere Abkömmling das ihm Hinterlassene annimmt.

Die Bedingungen, unter denen nach Vorstehendem der Klägerin als dem entfernteren Abkömmling, ein selbständiges Pflichtrecht zusteht, sind auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen gegeben.

Durch die erschöpfende Erbeneinsetzung war die Mutter der Klägerin von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und damit zugleich die Ausschließung der Klägerin von der auf sie übergegangenen gesetzlichen Erbfolge ausgesprochen. Der Einschränkungsfall des § 2309 BGB. ist nicht gegeben. Denn der Mutter der Klägerin war gemäß § 2333 (2336) BGB. auch der Pflichtteil entzogen. Sie konnte also ihrerseits den Pflichtteil nicht verlangen. Sie würde ihn nur dann verlangen können, wenn die Entziehung eine unrechtmäßige war. Daß dies der Fall war, ist in dem gegenwärtigen Rechtsstreit bislang von keiner Seite geltend gemacht. Zur Begründung ihres selbständigen Pflichtteilsanspruchs genügt die von der Klägerin in der Klage aufgestellte Behauptung, daß ihrer Mutter der Pflichtteil gemäß §§ 2333, 2336 BGB. entzogen sei. Ihre Beweispflicht dafür, daß ein rechtmäßiger Grund zur Entziehung vorgelegen hat (§ 2336 Abs. 3), kommt solange nicht in Frage, als der Beklagte das Vorliegen eines rechtmäßigen Grundes nicht bestritten hat.

Ohne Bedeutung für das Pflichtteilsrecht der Klägerin ist der Umstand, daß ihre Mutter in dem notariellen Abkommen mit dem Beklagten diesem gegenüber auf Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs verzichtet hat oder sich hinsichtlich dieses Anspruchs durch die ihr von dem Beklagten gewährten und versprochenen Leistungen für abgefunden erklärt hat. Hatte die Mutter selbst kein Pflichtteilsrecht, so stand ihr auch eine Verfügung über den der Klägerin gerade dadurch erwachsenen selbständigen Pflichtteilsanspruch nicht zu. Sie konnte ihn also durch jene Rechtshandlungen weder beseitigen noch beeinträchtigen.

Diese Möglichkeit eröffnet das Gesetz in § 2309 dem nicht pflichtteilberechtigten näheren Abkömmling nur für den Fall, daß er das „Hinterlassene", d. h. das ihm vom Erblasser letztwillig Zugewendete annimmt. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung, die sich damit rechtfertigt, daß dort die Zuwendung auf dem Willen des Erblassers beruht, verbietet sich im Hinblick auf den oben gekennzeichneten Charakter des § 2309 als einer die Regel des § 2303 einschränkenden Rechtsnorm.

Dem Falle, daß der nähere Abkömmling den Pflichtteil „verlangen kann", ist der Fall nicht ohne weiteres gleichzustellen, daß er ihn „fordert und erhält". Zwar ergibt sich als leitender Gedanke des § 2309 aus der Begründung des Gesetzes „es solle demselben Stamme nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werden" (Mot. V. S. 401, Prot. 5 S. 512). Allein

damit soll und kann nicht gesagt sein, daß die Auszahlung des Pflichtteils an jedes auch unberechtigte Stammesmitglied von der Pflichtteilslast befreit, vielmehr nur, daß die Pflichtteilslast nicht vervielfältigt werden soll. Andernfalls könnte sich der verpflichtete Erbe auch von der Pflichtteilslast befreien, wenn er an den vorhergehenden Abkömmling zahlte, obwohl derselbe schlechthin ausgeschlagen, dem Erblasser gegenüber verzichtet hätte, für erbunwürdig erklärt wäre, oder wenn er etwa an einen Abkömmling der Klägerin zahlte.

Wenn der Revisionsbeklagte darauf hinweist, daß ebenso wie ein in dem Rechtsstreit zwischen dem näheren Abkömmling und dem Erben ergangenes rechtskräftiges Urteil, so auch die freiwillige Anerkennung oder die vergleichsweise Abgeltung des Pflichtteilsanspruchs gegenüber dem näheren Abkömmling den entfernteren Abkömmling binden müsse, so beruht die dieser Schlußfolgerung zu Grunde liegende Voraussetzung wiederum auf der rechtsirrigen Verkennung der Selbständigkeit des klägerischen Anspruchs. Denn die zwischen dem entfernteren und näheren Abkömmling streitige Frage über die Berechtigung zum Empfange des Pflichtteils kann in einem Rechtsstreit zwischen einem dieser Prätendenten mit dem Erben nicht mit Wirkung gegen den anderen Prätendenten rechtskräftig zur Entscheidung gebracht werden. Der dadurch dem Erben erwachsenden Gefahr einer Doppelzahlung kann dieser mit den Rechtsbehelfen des § 372 BGB. und des § 75 ZPO. wirksam begegnen. Das Ergebnis, zu welchem die vorliegende Entscheidung führt, erscheint daher auch nicht unbillig, während die umgekehrte Entscheidung zu dem unannehmbaren Ergebnis führen müßte, daß der Erbe die Absicht des Erblassers, der seinem Kinde den Pflichtteil zur Strafe entzieht, ihn aber seinen Enkel erhalten will, ohne Zuziehung des letzteren durchkreuzen und sich von seiner Pflichtteilslast, durch Verständigung mit einem nicht berechtigten, ihm willfähigen Abkömmling, ganz oder zum Teil befreien könnte.

Hienach erscheint die Folgerung unabweisbar, daß Klägerin auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen den vollen Pflichtteil verlangen kann und sich auch nicht das entsprechend dem notariellen Abkommen an ihre Mutter Geleistete anrechnen zu lassen braucht."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 6. Juni 1918. R. w. B. (KG. zu Berlin). IV. 114/18. Auch in Entsch. 93 Nr. 62 S. 193.

---

36. Einstw. Verfügung auf Unterlassung unbefugter Benutzung eines Warenzeichens; Unbeachtlichkeit des Einwandes, daß beim Patentamt ein aussichtsvolles Verfahren wegen Löschung des Warenzeichens schwebe.

WarenZG. v. 12. Mai 1894 § 12; ZPO. §§ 940. 148.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Soweit die Beklagte sich damit verteidigt, daß das Zeichenwort X für die besondere Art von Riemenverbindern, die sie damit bezeichne,

schon zur Zeit der Anmeldung reine Beschaffenheitsangabe, also für diese bestimmte Warengattung Freizeichen und deshalb nicht eintragungsfähig gewesen sei, ist sie nach bekannter Rechtsprechung in der Hauptsache, dem Verletzungsstreite, hiermit nicht zu hören. Die Rechtmäßigkeit der Eintragung eines Warenzeichens ist der Nachprüfung des Gerichts entzogen; dem eingetragenen Warenzeichen muß vielmehr, solange es eingetragen ist, der Schutz aus § 12 WZG. voll gewährt werden. Notwendige Folge hiervon ist, daß auch im Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung die Eintragungsunfähigkeit eines eingetragenen Zeichens nicht und insbesondere nicht zu dem Zwecke geltend gemacht werden kann, um daraus, wie es das Landgericht tut, das Nichtvorhandensein eines Schutzbedürfnisses im Sinne von § 940 ZPO. herzuleiten; die Frage, ob das einstweilige Verbot der Zeichenbenutzung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint, ist durchaus unabhängig von der Frage zu entscheiden, ob die Eintragung des Zeichens hätte versagt werden müssen oder nicht. Diese Frage scheidet vollkommen aus, denn für eine Aussetzung nach § 148 ZPO., durch die allein das Gericht im ordentlichen Verfahren seine Zweifel (mittelbar) zur Geltung bringen kann, ist in solchem vorläufigen Verfahren kein Raum.

Dementgegen nimmt eine ältere Entscheidung (PatMZBl. 1899 S. 113 f.) allerdings an, daß, soweit für ein eingetragenes Warenzeichen und damit auch wegen der Dauer des hierdurch begründeten Rechtsverhältnisses die außerordentliche Maßregel aus § 940 ZPO. gefordert werde, diese Fortdauer als eine gesetzliche Voraussetzung für den Erlaß der einstweiligen Verfügung glaubhaft gemacht sein müsse, sobald sie durch ein anhängiges Löschungsverfahren in Frage gestellt sei. Ganz abgesehen davon aber, daß die einstweiligen Verfügungen aus § 940 ZPO. auf dauernde Rechtsverhältnisse nicht beschränkt sind, ist doch eben die Eintragung eines Warenzeichens bis zur etwaigen Löschung nach dem Willen des Gesetzes (vgl. noch § 12 Abs. 2 WZG.) als rechtmäßig, d. i. als dauernd zu behandeln. Durch die Forderung jener Glaubhaftmachung würde die dem Gericht entzogene Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Eintragung auf einem Umweg wieder eingeführt werden. Das ist nicht angängig. Solange ein Warenzeichen eingetragen ist, also auch noch während der Dauer des patentamtlichen Löschungsverfahrens, genießt es den gesetzlichen Schutz; ein dem Gesetze widerstreitender Gebrauch des Zeichens durch einen Dritten darf mithin nicht um deswillen unverboten bleiben, weil (vgl. a. a. O. S. 115) die hiervon zu besorgende Gefahr für den Verletzten keinesfalls größer sei als die Gefahr, daß der Verletzer durch das Verbot im Falle der künftigen Löschung Schaden erleiden werde. Diesem Interesse des Verletzers wäre vielmehr gegebenenfalls durch Anordnung von Sicherheits-

leistung Rechnung zu tragen. Nicht der bisherige rechtswidrige, sondern der bisherige rechtmäßige Zustand hat bis zum Eintritte einer rechtlichen Änderung tatsächlich fortzudauern."

Urteil des OLG. zu Dresden (3. Sen.) v. 28. Juni 1918. K. w. M. u. U. 3. O. 88/18. S—s.

II. Verfahren.

37. Die Gebührenermäßigung nach § 6 Abs. I der VO. vom 20. Mai 1915 (RGBl. 290) erstreckt sich auch auf ein vorausgegangenes Mahnverfahren.

GKG. §§ 28. 37. 39; Verord. v. 20. Mai 1915 § 6.

Die Klagepartei erwirkte gegen den Beklagten einen Zahlungsbefehl auf den Betrag von 98000 M nebst Zinsen. Der Beklagte erhob Widerspruch und stellte gleichzeitig Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht. Im Verfahren vor dem Landgericht kam ein Vergleich zustande. Der klägerische Anwalt beantragte mit Rücksicht hierauf und im Hinblick auf § 6 Abs. I der Verordnung vom 7. August 1914 über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen in der Fassung der Novelle vom 20. Mai 1915, es wolle auch die sich auf 61,20 M berechnende Hälfte der Gebühren des Mahnverfahrens an ihn zurückerstattet werden. Der rechnungsführende Sekretär des Landgerichts lehnte diese Rückerstattung ab und die Erinnerung der Klagepartei gegen diese Entscheidung wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Die Beschwerde hatte Erfolg. Aus dem Grunde des OLGs.:

„Der § 39 des GKGes. bezweckt lediglich die Ausschaltung der Wirkung des § 28, wonach jede Gebühr in jeder Instanz nur einmal erhoben werden darf. Der Mehraufwand an Arbeit für das Mahnverfahren soll durch Erhebung einer besonderen Gebühr berücksichtigt werden (vgl. die Motive zu § 39), was allerdings durch die Anrechnungsvorschrift des § 37 Abs. III — die erst nachträglich im Reichstag beigesetzt wurde — wieder teilweise durchbrochen ist. Jedenfalls hat § 39 mit der Höhe des Gebührensatzes nichts zu tun. Eben deshalb steht er auch der Erstreckung der Gebührenherabsetzung nach § 6 der Verordnung vom 20. Mai 1915 auf die Kosten des Mahnverfahrens nicht entgegen. Der Zweck dieses nicht etwa in das Gerichtskostengesetz eingeschalteten, sondern völlig selbständigen § 6 ist möglichst Begünstigung des Vergleichsabschlusses. Diesem Zweck würde es geradezu widersprechen, wenn die Kosten des vorangegangenen Mahnverfahrens — das von der Gesetzgebung ebenfalls begünstigt wird — von der Herabsetzung ausgeschlossen wären. „Rechtsstreit" im Sinne des § 6 der Verordnung bedeutet hier dem Gesetzeszweck nach das gleiche wie in den §§ 296, 698, 794 Nr. 1 ZPO., weicht

also von § 39 GKGes. ab. Dem gleichen Gedankengang folgend, hat die Rechtsprechung ohne Rücksicht auf § 39 GKGes. die Kosten eines gesonderten Beweissicherungsverfahrens nach § 6 der genannten Verordnung mitermäßigt (OLGRspr. 35, 209; JW. 1917, 493; — JurZt. 1918, 195) und ebenso die Kosten eines bereits rechtskräftig erledigten Wechselverfahrens bei einem Vergleich in dem noch offen stehenden, wenn auch noch garnicht weiterbetriebenen Mahnverfahren (OLGRspr. a. a. O.), obwohl § 33 GKGes. die gleiche Vorschrift wie § 39 enthält (ebenso Warneyer „Die Kriegsgesetze prozeßrechtlichen Inhalts" S. 114.). Die gegenteilige Auffassung von Rottmann in der Zeitschrift für Deutsche Justizsekretäre (1918 S. 32 ff. 44), weil § 39 GKGes. durch § 6 der VO. vom 20. Mai 1915 „unberührt bleibe", verkennt das Verhältnis beider Vorschriften und die Verschiedenheit ihres Zweckes . . . . ."

Beschluß des OLG. zu München (1. Sen.) v. 11. Dez. 1818. H. w. P. Beschw.-Reg. 373/1918. F—z.

---

38. Aussetzung des Prozesses des pfändenden Gläubigers gegen den Drittschuldner bis zur Erledigung des Prozesses des Schuldners gegen den Drittschuldner;* der Pfändungsgläubiger ist Rechtsnachfolger i. S. der §§ 325 Abs. 1, 265 Abs. 2 ZPO.**

*Vgl. 63 Nr. 262. **Vgl. 14 Nr. 258.

ZPO. §§ 148. 829; ZPO. §§ 265 Abs. 2, 325 Abs. 1.

Der Kläger B. hatte auf Grund eines gegen seinen Schuldner M. erwirkten vollstreckbaren Urteils im April 1918 die angebliche Forderung des M. gegen den Beklagten auf Zahlung von 711,60 *M* gerichtlich gepfändet und zur Einziehung überwiesen erhalten. M. hatte diesen Betrag bereits in einem im Beweisverfahren befindlichen Rechtsstreit eingeklagt und hilfsweise Zahlung der Klagesumme an den Kläger verlangt. Demnächst erhob auch der Kläger Klage auf Zahlung der Summe gegen den Beklagten.

Auf Antrag des Beklagten setzte das Landgericht die Verhandlung des vom Kläger anhängig gemachten Rechtsstreits bis zur Entscheidung in der Sache M. gegen den Beklagten aus. Die dagegen erhobene Beschwerde des Klägers wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Beschwerdebeschlusses:

„Die Aussetzung rechtfertigt sich auf Grund des § 148 ZPO. Die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits hängt von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ab, welches den Gegenstand des von dem Schuldner M. gegen den Beklagten erhobenen Rechtsstreits bildet. Für die Anwendbarkeit des § 148 ZPO. kommt zwar noch in Betracht, daß in beiden Prozessen nicht derselbe Streitgegenstand vorliegen, das Verhältnis beider Prozesse also nicht ein solches sein darf, daß wegen

der Anhängigkeit des Anspruches im ersten die Einrede der Rechtshängigkeit im zweiten begründet wird und diese Einrede der gegebene Rechtsbehelf zur Abwehr der gleichzeitigen Verhandlung der Sachen ist; (RGEntsch. 40, 403). Der Fall liegt hier jedoch nicht vor, da wegen der Verschiedenheit der in beiden Prozessen sich gegenüberstehenden Streitteile die Einrede der Rechtshängigkeit nicht begründet ist.

Die Präjudizialität der Sache des M. gegen den Beklagten für die vorliegende Sache ergibt sich aber auch noch aus folgenden Erwägungen. Da die Pfändung der Forderung erst nach dem Eintritte der durch die Klagerhebung des Schuldners M. eingetretenen Rechtshängigkeit der gepfändeten Forderung erfolgt ist, wird die Rechtskraft des Urteils, das auf die jedenfalls in ihrem Eventualantrag auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung an den Kläger auch nach der Pfändung noch zulässige Klage des Schuldners M. ergehen wird, gemäß § 325 ZPO. auch für den pfändenden Gläubiger, den Kläger, als „Rechtsnachfolger" Rechtskraft wirken (Gaupp-Stein VI, 5 zu § 829 ZPO). Zwar wird der pfändende Gläubiger nicht Inhaber der Forderung, wie es im Falle der Abtretung der Zessionar bezüglich der abgetretenen Forderung wird; er hat, wie die Motive es ausdrücken, nur die Befugnisse eines procurator in rem suam. Im Sinne des § 325 Abs. 1, wie des § 265 Abs. 2 ZPO. ist er aber als Rechtsnachfolger zu behandeln, da sonst entgegen der Absicht des Gesetzgebers dem pfändenden Gläubiger, dem ein geringeres Recht als dem Zessionar zusteht, doch dem Schuldner gegenüber eine günstigere prozessuale Stellung als dem Zessionar eingeräumt würde (RGEntsch. 20, 420)."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 7. Nov. 1918. J. B. w. B. Schm. Bs. Z VI 71/18. Nö.

---

39. Die zwischen den ehemaligen Gesellschaftern nach § 730 Abs. 2 BGB. bestehenden Beziehungen sind ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ZPO.; Interesse an der Feststellung eines Rechtsverhältnisses zu einem Dritten.*

*Vgl. 59 Nr. 65 m. N.

ZPO. § 256; BGB. § 730 Abs. 2.

„Der Kläger hat zusammen mit den beiden Beklagten den Vertrag vom 23. April 1916 mit B. geschlossen. Kläger und die beiden Beklagten bildeten auf Grund des Vertrags vom 31. März 1916 damals eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zum Zwecke gemeinsamer Ausbeutung einer Erfindung des K. In dem von ihnen mit B. geschlossenen Vertrage vom 22. April 1916 wurde ihnen gegenüber B. bei einer Konventionalstrafe von 300000 ℳ verpflichtet, die Erfindung des K. nicht ohne Mit-

wirkung der Parteien auszubeuten. Die Parteien haben unstreitig den Gesellschaftsvertrag vom 31. März 1916 nach Abschluß des Vertrags vom 22. April 1916 wieder aufgehoben und dabei bestimmt, daß sie gegenseitig Rechte und Ansprüche aus dieser Gesellschaft nicht haben. Soweit der Sachverhalt jetzt in Betracht kommt, ist hierbei des durch den Vertrag vom 22. April 1916 gegenüber B. festgesetzten Anspruchs auf Konventionalstrafe nicht gedacht worden. Derselbe würde also, da der Vertrag vom 22. April 1916, wie zu unterstellen ist, noch nicht aufgehoben ist, den Parteien gemeinschaftlich zustehen, und es würde der Revision insoweit zuzustimmen sein, daß Kläger noch gemäß § 730 BGB. im Hinblick auf die Auseinandersetzung wegen dieses gemeinsamen Anspruchs gegen B. im Innenverhältnis zu den Beklagten das Gesellschaftsverhältnis fortsetzt. Aus dem auf eine solche Auseinandersetzung zu beziehenden Rechtsverhältnis will Kläger aber unmittelbar nichts herleiten, er stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, daß der Vertrag vom 22. April 1916 mit B. aufgehoben sei und will dies in dem vorliegenden Rechtsstreit nachweisen. Kläger will gerade das Nichtmehrbestehen des Vertrags vom 22. April 1916 festgestellt wissen und das ergäbe Beziehungen zu dem gemäß § 730 BGB. noch fortgesetzten Gesellschaftsverhältnis der Parteien nur mittelbar insofern, als Kläger, was in seinem Feststellungsantrag enthalten sein mag, mit dem Urteil erstrebt, daß eine durch den Vertrag vom 22. April 1916 noch unter Parteien bestehende gesellschaftliche Bindung, d. h. nach dem Standpunkt der Beklagten noch bestehende Bindung, in Wegfall gekommen sei. Insoweit würde man mit der Revision davon ausgehen können, daß es sich bei dem Feststellungsantrag auch um ein Rechtsverhältnis der Parteien handelt. Man würde dies aber auch abgesehen von dem Wege aus § 730 BGB. schon insofern anerkennen können, als dadurch, daß Beklagte auf Grund des Vertrags vom 22. April 1916 in Anspruch nehmen, die Möglichkeit eines Ausbeutungsvertrages zwischen Kläger und B. (ohne Zuziehung der Beklagten) wegen der Konventionalstrafe zu verhindern, sie die vom Kläger in Anspruch genommene Freiheit der Bewegung in seinen wirtschaftlichen Maßnahmen mittelbar behindern. Auch dies wäre ein Rechtsverhältnis, das unter § 256 ZPO. fiele. Jedenfalls würde man darnach die eine Voraussetzung des § 256 ZPO., daß es sich um ein rechtsschutzfähiges Rechtsverhältnis der Parteien handeln muß, für gegeben zu erachten haben. Das scheint im Ergebnis auch das Oberlandesgericht nicht in Zweifel zu ziehen. Keinesfalls kann aber die zweite Voraussetzung des § 256 ZPO., daß ein rechtliches Interresse an der begehrten Feststellung vorliegen muß, als gegeben anerkannt werden. Das Interesse muß an der Feststellung als solches bestehen. Nach dem Begehren des Klägers soll festgestellt werden, daß der dritte Kontrahent des Vertrages vom 22. April 1916, falls er die Erfindung K. anderweit

ausbeutet, die Konventionalstrafe nicht zu zahlen hat. Das einzige Interesse, welches Kläger nach seinem Vorbringen an dieser Feststellung hat, ist, weil er glaubt, daß, sobald ein solches Feststellungsurteil unter Parteien ergangen sei, er alsdann mit B. in Ausbeutungsverhandlungen einzutreten, nicht mehr durch die Erwägung des B. behindert sei, für solchen Fall Konventionalstrafe zahlen zu müssen. Wird unterstellt, daß das begehrte Feststellungsurteil erginge, so würde damit allerdings unter Parteien rechtskräftig festgestellt, daß der Vertrag vom 22. April 1916 nicht mehr gilt, der Vertrag vom 22. April 1916 als solcher wäre damit aber nicht beseitigt, denn dazu bedürfte es eines Urteils zwischen Parteien und B. Das begehrte Urteil kann nicht verhindern, daß Beklagte vor wie nach sich B. gegenüber auf den Vertrag vom 22. April 1916 berufen und B. es ablehnt, mit Kläger wegen Ausbeutung der Erfindung K. in Verbindung zu treten. Es kommt nun zwar für die Frage, ob es sich um ein rechtsschutzbedürftiges Interesse des Klägers handelt, nicht entscheidend darauf an, ob der Vertrag, dessen Nichtgeltung festgestellt werden soll, rechtlich durch das Urteil auch dem Dritten (hier B.) gegenüber aufgehoben wird. Es würde genügen, wenn angenommen werden könnte, daß das zwischen Parteien ergehende Urteil von den Beklagten auch B. gegenüber anerkannt würde oder daß sich Beklagte einem solchen Urteil auch B. gegenüber fügten, und daß ebenso B. sich mit einem solchen Urteil abfinden würde. Denn, wenn genügend Grund vorhanden wäre für diese Erwartung, so würde man sagen können, daß dem allein in Betracht kommenden und geltend gemachten Interesse des Klägers, nämlich der unbehinderten Verhandlung mit B. über die Ausbeuutng der K.schen Erfindung, tatsächlich auch durch das nur unter Parteien ergehende Feststellungsurteil genügt sein würde, und daß es sich mit Rücksicht hierauf um ein anzuerkennendes rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung als solcher handelte. Für eine solche Annahme fehlt aber jede Grundlage und insbesondere Kläger hat hierfür nichts angeführt. Das Oberlandesgericht stellt zudem S. 5 des Urteils tatsächlich fest, daß B. auf das begehrte Urteil keinen Wert legen würde. Bei solcher Sachlage handelt es sich bei der begehrten Feststellung um eine solche, für die ein rechtliches Interesse des Klägers nicht dargetan ist, denn für dasjenige Interesse, welches Kläger allein an einem solchen Urteil zu haben angibt — und dies kommt, da jedes andere Interesse fehlt, allein in Betracht — hat das begehrte Urteil keine Wirkung, weder im formalrechtlichen noch im ideelle Sinne."

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 11. Mai 1918. O. w. S. (OLG. Frankfurt). I. 346/17.

40. Zum Begriffe der Erledigung des Klageanspruchs;* keine Erledigung, wenn der Anspruch von vornherein unbegründet war; tatsächliche Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Gewalt infolge Krankheit; Berücksichtigung derselben im Prozeß.**

*Vgl. 61 Nr. 231 m. N.; 68 Nr. 23, 67; **Vgl. 61 Nr. 231.
ZPO. §§ 271, 91, 93; BGB. §§ 1685, 1677.

Der Kläger klagte gegen seinen Schwiegervater auf Herausgabe seiner Kinder, die der Beklagte in seinem Hause wider den Willen des Klägers zurückhalten sollte. Während des Verfahrens wurde dem Kläger durch den in den höheren Instanzen bestätigten Beschluß des Amtsgerichts H. vom 23. März 1914, vorläufig das Recht der Sorge für die Person seiner Kinder entzogen. Darauf beantragte er, die Hauptsache für erledigt zu erklären, während der Beklagte bat, die Klage abzuweisen und dem Kläger die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Das Landgericht erklärte die Hauptsache für erledigt und legte dem Beklagten einen Teil der Kosten auf. Auf die Berufung des Bekl. erkannte das OLG. auf Abweisung der Klage. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger hat beantragt, die Hauptsache für erledigt zu erklären, während der Beklagte in dieser Erklärung ein Fallenlassen des Klaganspruchs erblickt und deshalb die Abweisung der Klage beantragt. Beklagter hat ferner auch den Standpunkt vertreten, daß durch den Beschluß, der dem Kläger die Sorge für die Person seiner Kinder entzog, der Klaggrund fortgefallen sei und daraus schon ganz formell die Notwendigkeit der Abweisung der Klage sich ergebe. Das Ber.-Gericht konnte dem ebensowenig beitreten, wie der Vorderrichter. In dem Antrage, die Hauptsache für erledigt zu erklären, *kann* eine Zurücknahme der Klage erblickt werden, namentlich wenn die angebliche „Erledigung" der Sache auf einem Entschlusse des Klägers beruht. Anders liegt es dagegen, wenn die Erledigung ohne Zutun des Klägers, durch das Eintreten eines besonderen Ereignisses eingetreten ist, z. B. wenn die mit der Klage begehrte Sache zufällig untergeht, wenn die Zeit, für die ein unbestrittener Vertrag eingegangen war, abläuft usw. In solchem Falle erhält der Antrag des Klägers, die Hauptsache für erledigt zu erklären, lediglich den Antrag, eine bestimmte Tatsache festzustellen. War der Klaganspruch bis zu dem Zeitpunkte der „Erledigung" begründet, so will der Kläger durch seinen Antrag auf Feststellung der Erledigung des Anspruchs keineswegs auf den an sich begründet gewesenen Anspruch verzichten oder ihn fallen lassen, sondern diejenigen Rechte, insbesondere hinsichtlich der Kostentragung, die ihm nach seinem ursprünglichen Anspruche zustanden, unverändert aufrechthalten (vgl. RG.-Entsch. 57, 385; Hans. Ger. Ztg. 1910 Nr. 35). Anders liegt die Sache aber, wenn der Hauptanspruch von Anfang an nicht begründet war. In diesem Falle ist nicht eine nachträgliche Erledigung des begründet gewesenen

Anspruchs eingetreten, vielmehr ein von vornherein unbegründeter Anspruch erhoben worden, hinsichtlich dessen eine rechtlich erhebliche „Erledigung" garnicht hat eintreten können. In diesem Falle steht mithin dem Beklagten das Recht zu, die Abweisung der Klage zu beantragen, da diese von vornherein nicht begründet war. Es ist also nicht nur für die Kostenfrage, wie das Landgericht meint, sondern ebenfalls für die Entscheidung über den Hauptanspruch selbst zu untersuchen, ob der Anspruch des Klägers auf Herausgabe der Kinder zur Zeit der Erhebung der Klage begründet gewesen ist.

Diese Frage hat dieses Gericht im Gegensatz zum Landgericht verneint. Das ist ganz zweifellos der Fall hinsichtlich der Tochter Irmgard, die sich schon nach der Feststellung des Vorderrichters zur Zeit der Klagerhebung garnicht beim Beklagten befand. Hinsichtlich ihrer war der Antrag auf Herausgabe von vornherein unbegründet und deshalb abzuweisen.

Dasselbe gilt auch für den Sohn Rolf. Allerdings kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß der Kläger sich vertraglich verpflichtet habe, ihm die Kinder zur Erziehung zu überlassen. Denn es ist feststehenden Rechtes, daß aus einem solchen Vertrage Rechte nicht hergeleitet werden können, weil ein Verzicht des Gewalthabers auf die Sorge für die Person der Kinder wider die guten Sitten verstößt und daher nicht bindend ist. Dagegen liegt hier ein Fall des § 1685 BGB. vor, da der Kläger durch seinen Zustand an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert war. Dieser Fall ist auch von dem Prozeßgericht zu berücksichtigen (vgl. Staudinger zu § 1685 Anm. 3. Rspr. OLG. 10, 290) und es bedarf in diesem Falle nicht, wie beim Ruhen der elterlichen Gewalt, einer nach § 1677 BGB. erforderlichen Feststellung der tatsächlichen Verhinderung durch das Vormundschaftsgericht. Ob die tatsächliche Verhinderung nur eine zeitweilige oder eine dauernde ist, ist nach § 1685 unerheblich. Auf Grund der Feststellungen in dem Beschlusse des Amtsgerichts Hannover vom 23. März 1914, denen auch die höheren Instanzen beigetreten sind, hat das Ber.-Gericht die Überzeugung gewonnen, daß der Kläger nicht nur im März 1914, sondern auch schon in der Zeit von Erhebung der Klage, vom September 1913, an durch seinen geistigen Zustand verhindert gewesen ist, die Sorge für die Person seiner Kinder auszuüben. Die Vorgänge, auf die das Amtsgericht Hannover seine Entscheidung gründet, fallen gerade in die Zeit von September 1913 an, liegen zum Teil noch weiter zurück. Wie der Kläger selbst in dem Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht Hannover erklärt hat, war er damals dauernd körperlich erkrankt, und zwar war die Erkrankung von Hirn und Rückenmark auf Syphilis zurückzuführen. Wenn nun auch damals der Nachweis einer gegenwärtigen geistigen Erkrankung nicht als erbracht anzusehen war, so lag doch die Gefahr einer solchen Erkrankung

vor, und diese in Verbindung mit der festgestellten dauernden körperlichen Erkrankung des Klägers muß zu dem Schlusse führen, daß der Kläger damals tatsächlich verhindert war, die Sorge für die Person seiner Kinder auszuüben. Hiernach war die Klage von vornherein unbegründet.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 12. Okt. 1918. C. H. w. C. St. Bf. VI 353/18. Nö.

---

41. Beseitigung des für den Berufungsbeklagten normierten Urteilseides bei gleichzeitiger Zurückweisung der Berufung.

ZPO. § 536.

Das Landgericht machte die Entscheidung über die Ehescheidungsklage der Klägerin von der Leistung eines ihr auferlegten Eides über eine angebliche Versöhnung der Parteien abhängig. Nur der Beklagte legte Berufung ein. Das OLG. erkannte auf Zurückweisung der Berufung und auf unbedingte Scheidung der Ehe aus Verschulden des Beklagten. Aus den Gründen:

Das Ber.-Gericht hat sich, obwohl die Klägerin sich der Berufung nicht angeschlossen hat, gemäß § 536 ZPO. für berechtigt gehalten, ohne Rücksicht auf den vom Landgericht erkannten Schiedseid schon jetzt auf die Klage die Ehe zu scheiden, weil der Beklagte den Einwand der Versöhnung der Parteien nicht mehr aufrechterhalten hat und der erkannte Eid deshalb überflüssig ist. In einem solchen Falle muß zur Vermeidung überflüssiger Eide das Ber.-Gericht in der Lage sein, die erste Entscheidung auch ohne Zurückziehung des Schiedseides und Stellung besonderer Anträge der Parteien in eine unbedingte abzuändern, falls die Klage sonst begründet erscheint (Stein ZPO. Anm. II, 2 zu § 536).

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Sen.) v. 29. Juni 1918. F. w. F. U. III. 203/17. Schlesw.-Holst. Anz. 1918 S. 216.

---

42. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen eine Ablehnung der Verlängerung der Ausschlußfrist nach § 356 ZPO.

ZPO. §§ 567. 356.

„Die Beklagten beschweren sich darüber, daß die ihnen zur Ermöglichung der Vernehmung eines Zeugen gesetzte Ausschlußfrist auf ihren Antrag nicht verlängert worden ist. Eine solche Beschwerde ist aber unzulässig, da die Entscheidung nach § 356 ZPO. nur auf Grund mündlicher Verhandlung erfolgen kann, eine Beschwerde gegen derartige Entscheidungen indessen nach § 567 ZPO. nicht zulässig ist (vgl. auch Gaupp-Stein zu § 356 unter III)".

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 12. Nov. 1918. M. J. w. D. W. S. u. Gen. Bs. VI. 102/18. Nö.

---

43. Einlegung der Berufung bei öffentlicher Zustellung des Urteils.
ZPO. §§ 204 Abs. 2, 206 Abs. 2, 516. 518.

„Die Zustellung des angefochtenen Urteils ist gemäß § 204 Abs. 2 ZPO. durch Anheftung der Ausfertigung desselben an die Gerichtstafel erfolgt, und zwar am 1. Februar 1918. Da das zuzustellende Urteil keine Ladung enthielt, war es gemäß § 206 Abs. 2 ZPO. als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks zwei Wochen verstrichen waren. Das Urteil gilt sonach am 15. Februar 1918 als zugestellt. Da aber die Berufungsschrift schon am 11. Februar 1918 beim Berufungsgericht eingereicht, die Berufung sonach gemäß § 518 ZPO. schon am 11. Februar 1918 eingelegt worden ist, steht fest, daß die Berufung vor Zustellung des Urteils eingelegt ist. Die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urteils ist aber gemäß § 516 Abs. 2 ZPO. wirkungslos.

Da aber eine gehörige Berufung nach Zustellung des Urteils innerhalb der Berufungsfrist nicht nachgeholt worden ist, war die vor Zustellung des Urteils eingelegte Berufung von Amts wegen als unzulässig zu verwerfen."

Urteil des OLG. Hamburg (1. Sen.) v. 1. Okt. 1918. L. F. O. w. C. O. Bf. VII. 69/18. Nö.

---

44. Als Geschwister i. S. des § 36 FGG. sind auch Halbgeschwister anzusehen; durch eine auf andere Zwecke gerichtete Pflegschaft über eines von mehreren Geschwistern wird die Zuständigkeit dieses Pflegschaftsgerichts nicht für andere Pflegschaften begründet.
FGG. §§ 36. 37.

Am 13. Oktober 1917 verstarb in Kiel die von ihrem Ehemann getrennt lebende Geschäftsführerin S. geb. U. Sie hinterließ einen unehelichen Sohn A. U., und zwei eheliche Kinder M. S. und W. S. A. U. wird beim Amtsgericht Schöningen bevormundet. Die ehelichen Kinder sind in Fürsorgeerziehung, ein Pfleger zur Beaufsichtigung ihrer Erziehung ist diesen Kindern vom Amtsgericht Bielefeld bestellt, die Pflegschaft dauert noch fort. Der Vater der ehelichen Kinder S. lebt von seiner Familie getrennt und hat sich seit vielen Jahren um dieselben nicht bekümmert.

Nach dem Tode der Mutter sind für deren Erben Ansprüche geltend zu machen. Den ehelichen Kindern soll zu diesem Zweck und zur Wahrung ihrer erbrechtlichen Ansprüche im übrigen ein Pfleger bestellt werden.

Das Amtsgericht Kiel, das zunächst mit der Sache befaßt worden ist, hat das Amtsgericht Schöningen für zuständig erachtet, da in dessen Bezirk der Vater der ehelichen Kinder seinen letzten Wohnsitz gehabt habe. Das Amtsgericht Schöningen hat seine Zuständigkeit bestritten. Das Amtsgericht Kiel hat darauf eine Entscheidung gemäß § 5 des Ges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beantragt.

Es bedarf keiner näheren Feststellung, ob der Vater der S.schen Kinder, der sich in den letzten Jahren vor seiner Einziehung zum Heeresdienste wohnsitzlos umhergetrieben zu haben scheint, seinen letzten Wohnsitz im Bezirk des Amtsgerichts Schöningen gehabt hat. Da die ehelichen Kinder den Wohnsitz des Vaters nach § 11 BGB. teilen und diesen Wohnsitz nicht dadurch verlieren, daß der Vater ihn aufgibt, ohne einen neuen Wohnsitz zu begründen (vgl. Rspr. OLG. 10, 56; 18, 309), so würde hiernach das Amtsgericht Schöningen gemäß §§ 36 Satz 1, 37 Satz 2 FGG. für die Einleitung der Pflegschaft über die ehelichen S.schen Kinder zuständig sein.

Sollten aber die S.schen Kinder ihren Wohnsitz nicht im Bezirk des Amtsgerichts Schöningen haben, so ist doch dieses Amtsgericht zuständig, weil alsdann die Vorschrift des § 36 Satz 2 FGG., die gemäß § 37 Satz 2 auch für Pflegschaften gilt, anwendbar ist. Dann haben zwar die S.schen Kinder ihren Wohnsitz in einem anderen Gerichtsbezirk, beim Amtsgericht Schöningen ist aber bereits eine Vormundschaft über A. U. anhängig, und, da auch Halbgeschwister Geschwister i. S. des § 36 Satz 2 FGG. sind (vgl. Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Anm. 14 zu § 36 RG.), folgt daraus, daß das Amtsgericht Schöningen auch für die Pflegschaft über die S.schen Kinder zuständig ist. Daß beim Amtsgericht Bielefeld bereits eine Pflegschaft über die S.schen Kinder geführt wird, steht dem nicht entgegen; denn diese Pflegschaft ist nur zur Beaufsichtigung der Erziehung der S.schen Kinder bestellt, während es sich hier um die Wahrung ihrer Vermögensinteressen handelt, und der § 37 Satz 2 in Verbindung mit § 36 Satz 2 FGG. ist nicht dahin zu verstehen, daß schon das Bestehen einer auf andere Zwecke gerichteten Pflegschaft über eines von mehreren Geschwistern ausreichen sollte, eine Zuständigkeit dieses Gerichts auch für andere Pflegschaften zu begründen (vgl. Schlegelberger a. a. O., Anm. 2 zu § 37 RG.). Auch nach § 37 Satz 1 FGG. ist für eine Pflegschaft in erster Linie das Gericht zuständig, bei dem bereits eine Vormundschaft, nicht eine andere Pflegschaft über das Kind anhängig ist. Das Amtsgericht Bielefeld scheidet also für die Zuständigkeit aus. Vielmehr war das Amtsgericht Schöningen als zuständiges Gericht zu bestimmen.

Beschluß des OLG. Kiel (1. ZS.) v. 16. Mai 1918 (I E. R. 10/18). — Schl. Holst. Anz. 1918 S. 179.

I. Bürgerliches Recht.

45. Die Konsulargerichtsbezirke sind Inland i. S. des Art. 17 Abs. 4 EG.BGB.

EG.BGB. Art. 17 Abs. 4.

Die in Konstantinopel wohnenden Parteien, welche die schweizerische Staatsangehörigkeit besaßen, klagten gegenseitig vor dem deutschen Konsulargericht in Konstantinopel auf Scheidung ihrer Ehe. Der Klage der Frau wurde stattgegeben, die Widerklage des Mannes aus tatsächlichen Gründen abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Durch den vom Beklagten in dieser Instanz eingereichten Ausweis vom 21. Febr. 1918 ist dargetan, daß beide Ehegatten schweizerische Staatsangehörige sind. Rechtlich liegt also der Fall gerade so, wie der im Urteil des Reichsgerichts vom 26. Oktober 1912, IV. 177/12, Warneyer 1913 Nr. 37 entschiedene, mit der Maßgabe jedoch, daß im vorliegenden Falle lediglich das am 1. Januar 1912 in Kraft getretene Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 Anwendung findet. Gegen die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Konsulargerichts ergeben sich hiernach keine Bedenken. Sachlich ist für die Scheidung der Ehe nach Art. 17 Abs. 1 EG.BGB. das Schweizer Recht maßgebend. Ob auch Art. 17 Abs. 4 Anwendung findet, hängt davon ab, ob der Konsulargerichtsbezirk im Sinne dieser Vorschrift als Inland anzusehen ist. Die Frage ist in dem erwähnten Urteil des Reichsgerichts mit Recht bejaht. Die später ergangenen Urteile des Reichsgerichts vom 5. März 1914, IV. 476/13, RGEntsch. 84, 259 und 25. Juni 1915, II. 98/15, RGEntsch. 87, 129, stehen nicht entgegen. Sie gehen beide davon aus, daß die Frage, ob ein Konsulargerichtsbezirk im Sinne der deutschen Gesetze als Inland anzusehen sei, nicht ein für allemal, sondern nur von Fall zu Fall entschieden werden könne, und zwar deshalb, weil die Gesichtspunkte, aus denen der Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung des In- und Auslandes für angezeigt erachtet, bei den verschiedenen in Betracht kommenden Gesetzen verschiedene gewesen sind. Der Art. 17 Abs. 4 EG. enthält, wie schon im Urteil vom 26. Okt. 1912 ausgeführt ist, eine Anwendung des dem Art. 30 EG. zugrunde liegenden Gedankens. Der deutsche Richter soll eine Ehe nicht nach fremdem Rechte scheiden, wenn dies dem deutschen Rechtsgefühle widersprechen würde. Diese Vorschrift muß aber gerade so gut für den im Auslande

wie für den im Inlande seines Amtes waltenden deutschen Richter gelten. Übrigens kennt das Schweizer Recht ebenso wie das deutsche die hier in Betracht kommenden Scheidungsgründe des Ehebruchs und des ehezerrüttenden Verhaltens. (Art. 137, 142 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs.) ..."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 17. Okt. 1918. J. w. J. IV. 361/17.

---

46. Zur Frage der Parteifähigkeit einer Gewerkschaft gothaischen Rechts. Kann der Sitz außerhalb des Staates Gotha liegen, wenn innerhalb auch kein Bergwerksbetrieb stattfindet? Handeln in fraudem legis.

BGB. § 24. Gothaisches Berggesetz v. 6. März 1912 § 108 Nr. 1; ZPO. § 50.

Die Klage der Gewerkschaft O. wurde in zwei Instanzen wegen mangelnder Rechts- und Parteifähigkeit der Klägerin abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Klägerin behauptet, eine Gewerkschaft gothaischen Rechts zu sein. Als solche hatte sie gemäß § 108 Nr. 1 des Gothaischen Berggesetzes vom 23. Okt. 1899 in der Fassung vom 6. März 1912 in ihrem Statut Bestimmung über den Sitz der Gewerkschaft zu treffen, um die Rechtspersönlichkeit zu erlangen. In welcher Weise diese Bestimmung des Sitzes zu erfolgen hat, ob insbesondere der statutenmäßige Sitz mit dem Sitz der Verwaltung übereinstimmen oder inwiefern er sonst den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen muß, darüber enthält das Gothaische Berggesetz keine Vorschrift. Es greift also insoweit das bürgerliche Recht Platz. (So für das preußische Bergrecht Klostermann-Fürst, Komm. zum Allg. Berggef., 7. Aufl. S. 298 § 96 Note 4.) Nun besagt § 24 BGB.: „Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird." Die Vorschrift stellt es also ins Belieben des Vereins, im bergrechtlichen Sinne der Gewerkschaft, ob er in der Satzung den Ort, wo die Verwaltung geführt wird, oder einen anderen Ort als seinen Sitz bezeichnen will. In der Wahl dieses Ortes herrscht an sich völlige Freiheit. Die in der Satzung getroffene Bestimmung über den Sitz hat auch dann Gültigkeit, wenn der gewählte Ort mit der Tätigkeit des Vereins (der Gewerkschaft) in gar keinem Zusammenhang steht. Selbst die Wahl eines rein fiktiven Sitzes ist gültig. Lediglich derjenige Ort, den die Satzung dazu bestimmt, ist als Ort des Sitzes des Vereins oder der Gesellschaft anzusehen, ohne daß es darauf ankommt, wo der Vorstand seinen Wohnsitz hat, wo sich das Unternehmen (Bergwerk) befindet und von wo aus die Geschäfte betrieben werden.

Diese auf dem Gebiete des Aktienrechts unbestrittene Ansicht

Vgl. ROHGEntsch. 21, 37; JW. 05, 25[29]; KG. in Johows Jahrb. 13, 44; Goldmann, HGB. 2. Bd. S. 791 ff. § 182 Nr. 17; Lehmann-Ring, HGB. 2. Bd. S. 383 § 182 Nr. 6; Makower, HGB., 13. Aufl. 1. Bd. S. 467 § 182 VI b, 2; Staub-Pinner, HGB. 9. Aufl. 1. Bd. S. 705 § 182 Anm. 17; Frankenburger, HGB. 4. Aufl. S. 163. § 182 Abs. 2 Ziff. 1.

ist auch für die Auslegung des § 24 BGB. als die herrschende zu bezeichnen

Vgl. Planck, BGB. 4. Aufl. 1. Bd. S. 69 § 24 I; Hölder, Allg. Teil des BGB. S. 137 § 24 I; Rehbein, BGB. Bd. I S. 52 §§ 21—54 II 6a; Komm. der RG.Räte zum BGB. 2. Aufl. 1. Bd. S. 35 § 24 1; Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 6. Aufl. 2. Bd. S. 483 § 294 II 2 $\alpha\beta$; v. Tuhr; Allg. Teil des BGB. 1. Bd. S. 458 4. Anm. 17; (A. M. unter Bezugnahme auf die Motive zum Entwurf des BGB. Bd. I S. 77: Staudinger, BGB. 7/8. Aufl. 1. Bd. S. 187ff. § 24 4[a]; Oertmann, Allg. Teil des BGB. 2. Aufl. S. 96 § 24 2b).

Sie hat auch für das Gebiet des Bergrechts, insbesondere für die Gesellschaftsform der Gewerkschaft unbestrittene Anerkennung gefunden. (Klostermann-Fürst a. a. O.; Westhoff-Schlüter, Komm. z. A. B. G. 2. Aufl. § 96 Anm. 6; Westhoff in Z. f. BergR. Bd. 48 S. 85.) Nur in einer Beziehung unterliegt die freie Wahl des Sitzes einer Beschränkung: er muß im Inland liegen (Cosack a. a. O.; Staub-Piener a. a. O.; J. W. 04, 231; Bescheid des preuß. Handelsmin. vom 31. März 1909 Z. f. BergR. Bd. 50 S. 418). Unter „Inland“ ist in den durch Reichsgesetz geregelten Materien das Deutsche Reich, in den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Vorschriften, wie den bergrechtlichen (Art. 67 EG.BGB.), der einzelne Bundesstaat zu verstehen (Bescheid des Preuß. Handelsmin. a. a. O.; Klostermann-Fürst a. a. O. RGEntsch. Bd. 77, 19ff).

Hieraus folgt nicht bloß, wie das Reichsgericht in Entsch. 88, 53 überzeugend darlegt, daß eine rechtswirksam begründete Gewerkschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, wenn sie ihren Sitz außerhalb des Bundesstaates verlegt, in dem sie die Rechtspersönlichkeit erlangt hat, sondern es ergibt sich daraus auch, daß der in der Satzung gewählte Sitz von vornherein in demjenigen Lande liegen muß, in dem sich der Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit befindet (Fischer in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Bd. 1. Abt. S. 88 § 20 II 2). Es darf also weder zum Sitz ein Ort gewählt werden, der außerhalb des Bundesstaates liegt, wo die Gewerkschaft zwecks Erlangung der Rechtspersönlichkeit angemeldet wird und wo sie ins Leben treten und ihre Geschäftstätigkeit entfalten soll, noch darf eine Gewerkschaft im Inland mit Bestimmung eines im Inland gelegenen Sitzes zwecks Erwerbs der Rechtspersönlichkeit angemeldet werden, wenn das zu betreibende Bergwerk, der Wohnsitz des Vorstands, die Geschäftsstelle und der Ort des tatsächlichen Geschäftsbetriebs außerhalb des betreffenden Bundesstaates sich befinden. Die Wahl eines fingierten Sitzes zu dem Zwecke, die gewerkschaftliche Rechtspersönlichkeit nach dem Rechte eines auswärtigen Staates zu erlangen, anstatt nach dem Rechte desjenigen Staates, wo der Vorstand wohnt, das Bergwerk gelegen ist und von wo aus die Geschäfte betrieben werden, enthält ein Handeln in fraudem legis und verstößt gegen anerkannte Normen des internationalen Privatrechts (Lehmann a. a. O. 2. Bd. S. 495; Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917, S. 203ff.).

Wenn eine Gewerkschaft sich im Staate A anmeldet und einen in diesem Staate gelegenen Ort als ihren Sitz angibt, so bekundet sie damit, daß für ihre Rechtsgestaltung und ihre Tätigkeit das inländische Recht maßgebend sein soll. Die Anwendung dieses Rechtes aber ist nur möglich, wenn sich die Gewerkschaft tatsächlich in dem Staate A befindet, wenn das von ihr betriebene Bergwerk darin liegt und wenn von diesem Staate aus das Unternehmen geleitet und die Geschäfte betrieben werden (vgl. RGEntsch. 88, 55). Treffen diese Voraussetzungen für den Staat A nicht zu, liegen vielmehr das Bergwerk und der Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit und der Verwaltung in dem Staate B, so enthält die Anmeldung der Gewerkschaft im Staate A anstatt im Staate B unter Bezeichnung eines fingierten Sitzes in jenem Staate ein fraudulöses Vorgehen, das irgendwelche Rechtswirkungen nicht zu erzeugen vermag.

So liegt die Sache hier.

Wie die Klägerin selbst angibt, hat sie nie etwas anderes betrieben als das in Naundorf bei Grimma gelegene Braunkohlen- und Ziegelwerk. Ausweislich ihres Prospektes befindet sich ihre Geschäftsstelle in Naundorf, ihr Verwaltungssitz in Grimma. Als letzteren hat sie außerdem in der Klagschrift Dresden, in dem Schriftsatz vom 2. Juli 1917 Leipzig bezeichnet, während sie in Gotha nach ihrer eigenen Angabe weder Geschäftsräume noch sonstige auf eine Niederlassung deutende Veranstaltungen besitzt. Das im Herzogtum Gotha gelegene Mangan- und Eisenbergwerk Heidelberg hat sie nie betrieben. Daß ein Vorstandsmitglied im Herzogtum Gotha wohne, hat sie nicht zu behaupten vermocht; in Elgersburg wohnt lediglich ein Bevollmächtigter von ihr. Unter diesen Umständen hätte die Gewerkschaft, um die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person nach Bergrecht zu erlangen, im Königreich Sachsen unter Angabe eines in diesem Staate gelegenen Ortes als Sitzes ihre Anmeldung bewirken müssen. Die Anmeldung im Herzogtum Gotha, wo weder das tatsächlich betriebene Bergwerk, noch die Geschäftsstelle oder der Verwaltungssitz sich befanden, konnte eine Gewerkschaft in rechtswirksamer Weise nicht zur Entstehung bringen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Satzung der Klägerin von dem Herzoglich Gothaischen Bergamt zu Ohrdruf genehmigt worden ist. Denn diese Genehmigung war nur dann wirksam und konnte eine Gewerkschaft nur dann zur Entstehung bringen, wenn sie sich bezog auf eine Gewerkschaft, bezüglich deren die oben genannten Voraussetzungen innerhalb des Herzogtums Gotha vorlagen. Offensichtlich ist auch das Bergamt zu Ohrdruf durch die Angabe in der Satzung, wonach als Sitz der Gewerkschaft die Stadt Gotha und als Gegenstand des Unternehmens in erster Linie die Ausbeutung eines im Herzogtum Gotha gelegenen Bergwerks bezeichnet wurde, über die tatsächlichen, oben dargelegten Verhältnisse getäuscht worden.

Ist aber eine Gewerkschaft trotz der bergamtlichen Genehmigung nicht rechtswirksam zur Entstehung gelangt, so kann die Klägerin nicht dadurch

die Rechtspersönlichkeit erlangen, daß sie neuerdings begonnen hat, die auf dem Grubenfeld Heidelberg im Herzogtum Gotha liegenden Erze abzubauen. Was sie in dieser Richtung geltend macht, enthält zwar keine Klagänderung, sondern lediglich eine Ergänzung der tatsächlichen Anführungen (§§ 268 Nr. 1, 529 Abs. 1 ZPO.). Aber es ist nicht geeignet, die Stellung der Klägerin im Prozesse zu verbessern. Abgesehen davon, daß es sich bei dem Beginn der Ausnutzung des Heidelberger Grubenfeldes lediglich um vorbereitende Maßnahmen handelt, während der Betrieb des Bergwerks in Naundorf die Hauptsache bleibt und der Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit nach wie vor im Königreich Sachsen sich befindet, wo auch der Vorsitzende des Grubenvorstands wohnt, so kann überhaupt eine wegen Umgehung des Gesetzes nicht zur Entstehung gelangte Gewerkschaft nicht lediglich dadurch die Rechtspersönlichkeit erlangen, daß sie hinterher den Mittelpunkt ihrer Tätigkeit in den Staat verlegt, wo bisher die Voraussetzungen für den Erwerb der Rechtspersönlichkeit ermangelten (Vetsch a. a. O. S. 204ff.).

Hierzu würde es einer erneuten Anmeldung und einer nochmaligen Genehmigung seitens des Bergamts bedürfen."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Zivilsen.) v. 25. Sept. 1917 in der Sache Gewerkschaft O. w. R. 7 O. 87/17. — e —

---

47. Unwirksamkeit des Vertrags, durch den der Pflichtteilberechtigte in Unkenntnis von dem bereits eingetretenen Tode des Erblassers dessen mit der Sachlage bekannten Testamentserben gegenüber auf den Pflichtteil verzichtet.

Vgl. 60 Nr. 92.

BGB. §§ 312, 397, 116, 140, 155.

Der am 30. Nov. 1916 verstorbene Adolf S. hatte in seinem Testament die Kläger, seine Stiefkinder, zu Erben berufen. Seiner damals noch lebenden Mutter, Witwe Johanna S., hatte er eine Jahresrente von 6000 ℳ ausgesetzt. Diese gab nach Verhandlungen mit dem Bevollmächtigten der Erben, dem Rechtsanwalt P., am 6. Dez. 1916 zu notariellem Protokolle die Erklärung ab, daß sie die Rente annehme und den von ihrem Sohne eingesetzten Erben „bzw." Testamentsvollstrecker gegenüber ausdrücklich auf den ihr zustehenden Pflichtteil verzichte. In notarieller Urkunde vom 20. Dez. 1916 erklärte Rechtsanwalt P., daß er jene Verzichterklärung der Frau S. sofort nach Verlautbarung namens der Erben des Adolf S. angenommen habe und diese Annahme des Verzichts nochmals ausdrücklich wiederhole. Die Witwe S., die 85 Jahre alt und krank war, erfuhr vor ihrem Tode nicht, daß ihr Sohn Adolf verstorben war. Man hatte ihr dies wegen der damit verbundenen Aufregung verheimlicht. Sie starb am 2. Jan. 1917. Zu ihren gesetzlichen

Erben gehörte neben 3 anderen Abkömmlingen ihr Sohn, der Beklagte, der im Testament seines Bruders nicht bedacht war. Er hielt den Verzicht seiner Mutter vom 20. Dez. 1916 für rechtsunwirksam und forderte von den Klägern ein Viertel des seiner Mutter am Nachlasse ihres Sohnes Adolf gebührenden Pflichtteils. Diese verlangten klagend die Feststellung, daß dem Beklagten der Anspruch nicht zustehe. Der Beklagte machte geltend: Der Verzicht sei wegen mangelnder Willenseinigung unwirksam. Der Vertrag verstoße gegen die guten Sitten und sei auch deshalb nichtig. Er sei auch wegen Irrtums und arglistiger Täuschung anfechtbar und von ihm und seinen Miterben angefochten worden. Schließlich behauptete er, der Vertrag sei auch wegen Formmangels rechtsungültig. Landgericht und OLG. gaben der Klage statt, das Reichsgericht wies die Klage ab. Gründe des Rev.-Urteils:

„Da Frau S. vor ihrem Tode nicht erfahren hat, daß ihr Sohn Adolf gestorben war, so konnte ihre Erklärung vom 20. Dez. 1916 nur die Bedeutung haben, daß sie gegenüber den zukünftigen Erben ihres Sohnes Adolf, den Klägern, auf den ihr nach dessen Tode zustehenden Pflichtteil verzichten wollte. Das war dem Rechtsanwalt P., dem Bevollmächtigten der Kläger, bei Abschluß des Vertrags bekannt. Er selbst hat es, wie er bezeugt, geflissentlich vermieden, sie von dem Tode ihres Sohnes zu unterrichten. Er konnte und wollte also das Vertragsangebot, das die Frau S. ihm machte, nicht in dem ihm bekannten Sinne, den jene damit verband, sondern in einer anderen nämlich in derjenigen Bedeutung annehmen, wie sie der damaligen Sach- und Rechtslage in Wirklichkeit entsprach. Während Frau S. einen Vertrag im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB. schließen wollte, wollte er mit ihr einen Erlaßvertrag über den ihr durch den Tod ihres Sohnes bereits erwachsenen Pflichtteilsanspruch eingehen (§ 397 BGB., vgl. JW. 1917, 815[9] g. E.).

Es ist daher rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht meint, die Erklärung der Mutter des Erblassers habe den Verzicht auf einen bereits zur Entstehung gelangten Pflichtteilsanspruch enthalten. Zuzugeben ist nur, daß ihre Erklärung dem *Wortlaute* nach diesen Sinn hätte haben können. Auf den Wortlaut allein kommt es aber nicht an; es muß vielmehr der wahre Sinn der Erklärung unter Berücksichtigung aller auf *beiden* Seiten in Betracht kommenden Umstände durch Auslegung ermittelt werden (§§ 133, 157 BGB. vgl. RGEntsch. 58, 233, 236; Gruchot 50, 897).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich danach, daß eine Willenseinigung zwischen Frau S. und P. *überhaupt* nicht zustandegekommen ist. Notwendige Voraussetzung eines Vertragschlusses ist, daß die Parteien über die sog. essentialia negotii einverstanden sind. Das trifft aber nicht zu, wenn jeder von ihnen einen Vertrag ganz anderer Art schließen zu wollen erklärt als der andere. Der Vertrag, den Frau S. dem Rechtsanwalt P. antrug und derjenige, den dieser anzunehmen erklärte, sind aber rechtlich so wesentlich verschiedener Natur, daß der erstere vom BGB. als nichtig behandelt wird (§ 312

Abs. 1 BGB., vgl. dazu Mot. II 182ff.), während der letztere formlos gültig ist (§ 397 BGB.).

Zu dem gleichen Ergebnis führt folgende Erwägung: Es ist anerkannten Rechtes, daß beim Vertragschluß nicht der innere Wille der Parteien entscheidend ist, sondern der erklärte Wille, wie er unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu verstehen ist (vgl. z. B. Warn. 1914 Nr. 177, 1909 Nr. 57; JW. 1915, 500). Dementsprechend muß es aber auch für ausgeschlossen erachtet werden, daß sich ein Vertragteil auf die Mehrdeutigkeit einer Erklärung des anderen Teiles berufen darf, wenn ihm der Sinn, den der andere Teil damit verband, bekannt ist. Letzteres traf aber hier bei dem Rechtsanwalt P., dessen Kenntnis die Kläger nach § 166 BGB. gegen sich gelten lassen müssen, zu. Anderseits konnte seine Annahmeerklärung von der Frau S., da sie von dem Tode des Adolf nichts wußte, nur im Sinne ihres Angebots verstanden werden. Wenn dabei P. den geheimen Vorbehalt machte, das Angebot in dem von ihm gemeinten Sinne annehmen zu wollen, so war das nach § 116 BGB. ohne rechtliche Bedeutung (vgl. hierzu RGEntsch. 66, 427). Es wäre darnach eine Willenseinigung im Sinne der Frau S., also ein Vertrag über ihren künftigen Pflichtteil mit den künftigen Testamentserben des Adolf S. zustandegekommen, wenn dies nicht im Hinblick auf § 312 Abs. 1 BGB. und überdies wegen des bereits eingetretenen Todes des letzteren rechtlich unmöglich gewesen wäre (§ 306 BGB.).

Aus den beiden angeführten Gründen ergibt sich zugleich die Unanwendbarkeit des § 155 BGB. Er versagt, wenn es sich um Punkte handelt, die für den zu schließenden Vertrag wesentlich sind.

Da der Vertrag nichtig ist, so ist auch für eine Anfechtung kein Raum mehr. Eine Anfechtung wegen Irrtums könnte überdies deshalb nicht in Frage kommen, weil auf Seiten der Frau S. eine Differenz zwischen ihrem Willen und ihrer Erklärung nicht bestand (§ 119 Abs. 1). Wie dargelegt, wollte sie auf den Pflichtteil vom Nachlaß ihres vermeintlich noch lebenden Sohnes verzichten und hat dies dem Rechtsanwalt P. in einer diesem verständlichen Weise erklärt. (Vgl. RGEntsch. 58, 235; 66, 122; 68, 6; Warn. 1908, 185; 1917, 200; JW. 1913, 480[I].)

Schließlich kann der Vertrag auch nicht auf dem Wege des § 140 BGB. gehalten werden. Denn wenn überhaupt kein Vertrag zwischen Frau S. und den Klägern zustandegekommen ist, fehlt auch die Grundlage für eine Umdeutung in einen Erlaßvertrag.

Der Vertrag vom 6./20. Dez. 1916 steht hiernach dem jetzt nach § 2317 Abs. 1 BGB. auf ihre Erben übergegangenen Pflichtteilsanspruche der Witwe S. nicht entgegen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 19. Sept. 1918. S. w. B. (KG. Berlin). IV. 167/18. Auch in Entsch. 93 Nr. 91 S. 297.

---

48. Hat der Gläubiger eine Leistung nur als Teil-Erfüllung angenommen, so trifft ihn nicht die Beweislast für die Unvollständigkeit der Leistung.

Vgl. 60 Nr. 118.
BGB. § 363; ZPO. § 282.

Klägerin hat am 24. Febr. 1917 von dem Beklagten ca. 10000 Pfd. Robbenkraftfleisch in Weißblechdosen für 3,20 ℳ das Pfund ab Oldenburger Station gekauft. Nach der Faktura vom 23. März 1917 hat der Beklagte der Klägerin 10054,8 Pfd. in 126 Kisten zu 7 Dosen in Rechnung gestellt. Der gesamte Kaufpreis wurde gegen Lieferschein entrichtet. Am 29. März ist der mit der Ware beladene Waggon in Hamburg eingetroffen. Nach Behauptung der Klägerin ist aber bereits bei der Entladung festgestellt, daß nicht 126, sondern nur 123 Kisten (239,4 Pfd. weniger) im Waggon waren. Die Klägerin hat dies sofort durch Fernspruch gerügt. Der Beklagte hat aber sich jeden Ersatzes geweigert, weil die richtige Anzahl Kisten von seinem Lieferer verladen seien. Klägerin hat dann auf Rückzahlung von 766,08 ℳ nebst Zinsen geklagt. Der Klage wurde entsprochen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Da der Beklagte von vornherein behauptet hat, daß die ganze Ware geliefert sei, und sich sogar ausdrücklich noch geweigert hat, die 3 Kisten, die fehlen sollten, nachzuliefern, so ist das Verlangen auf Rückzahlung des für die 3 Kisten im voraus gezahlten Kaufpreises aus dem Gesichtspunkte des teilweisen Rücktritts vom Vertrage nach § 326 BGB. begründet. Dann ist aber der Beklagte dafür beweispflichtig, daß die 3 Kisten mitgeliefert sind, daß er also seine Pflicht zur Lieferung von 126 Kisten oder etwa 10000 Pfd. Robbenkraftfleisch erfüllt hat, sie also, da ihm die Versendung ab Station Z. oblag, zur Versendung gekommen sind. Denn die Erfüllung seiner Verpflichtung muß der Verpflichtete auch dann beweisen, wenn der andere Teil Rechte geltend macht, die er aus der Nichterfüllung des Verpflichteten herleitet. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß die Klägerin, als der Waggon mit der Ware hier eintraf, die damals entladenen Kisten als Erfüllung angenommen und behalten hat. Sie hat damals sofort festgestellt und unter Bestehen auf ihrem Lieferungsrechte gerügt, daß 3 Kisten fehlten. Dann kann aber der § 363 BGB. nicht zur Anwendung kommen. Denn die Klägerin hat die ihr zugekommene Ware nicht als Erfüllung, sondern nur als Teilerfüllung angenommen. Weil sie sofort die teilweise Nichterfüllung rügte, hat sie in keiner Weise sich den (für die Beweislastregelung des § 363 maßgeblich gewesenen) äußern Anschein gegeben, daß sie die Lieferungsverpflichtung des anderen Teils als erfüllt betrachte und weitere Erfüllung nicht verlange. Die Sache würde anders liegen, wenn die Klägerin das Fehlen der 3 Kisten nicht sofort bemerkt oder nicht sofort gerügt hätte; dann hätte sie die Ware, die tatsächlich geliefert war, so wie sie ihr hingereicht wurde, nämlich als Erfüllung des Ganzen, hingenommen und wäre sie beweispflichtig,

wenn sie hinterher behauptete, es sei nicht alles geliefert. Es handelt sich auch nicht um einen Vorbehalt von Rechten bei der Hinnahme in dem Sinne, daß man die angebotene Ware sich zwar als Erfüllung des Vertrags gefallen lassen wolle, aber für die mangelhafte oder unvollständige Lieferung besondere Rechte, wie Minderung, Schadenersatz geltend machen werde. Sondern die Klägerin hat einfach festgestellt, daß ihr zum Teil nicht geliefert sei, was hätte geliefert werden müssen, und damit nicht als Erfüllung angenommen, was keine Erfüllung war, sondern gerade auf vollständiger Erfüllung sofort bestanden.

Dem Landgericht ist nun aber weiter darin zuzustimmen, daß der Beklagte den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht hat. (Wird ausgeführt.)"

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 19. Okt. 1918. A. J. w. H. S. Bf. VI 92/18. Nö.

---

49. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der aus § 480 Abs. 1 BGB. begründeten Verpflichtung zur Lieferung mangelfreier Gattungsware unterliegt der sechsmonatlichen Verjährung.

Vgl. 58 Nr. 185; 70 Nr. 78.
BGB. §§ 480. 477. 326.

Der Kläger kaufte von dem Beklagten Säcke, beanstandete die ihm darauf gelieferten Säcke als fehlerhaft und verlangte Lieferung mangelfreier Ware. Nachdem er dem Beklagten erfolglos gemäß § 326 BGB. eine Nachfrist gestellt hatte, erhob er Klage auf Schadenersatz. Der Beklagte berief sich auf die sechsmonatliche Verjährung aus § 477 BGB. Die Einrede wurde als begründet anerkannt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Da es sich um den Kauf von Gattungssachen handelt, so war der Kläger nach § 480 Abs. 1 und 2 BGB. berechtigt, Wandlung oder Minderung oder an Stelle dieser Rechtsbehelfe die Lieferung mangelfreier Säcke oder anstatt dessen auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Er konnte ferner unter den Voraussetzungen des § 326 BGB. dem Beklagten für die Lieferung mangelfreier Säcke eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne.

Die im § 480 Abs. 1, 2 BGB. erwähnten Ansprüche verjähren, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in 6 Monaten von der Lieferung an. ...

Die Auffassung des Landgerichts, die Einrede der Verjährung sei ungerechtfertigt, weil der Kläger seinen Anspruch auf Schadenersatz auf § 326 BGB. gründe, ist unzutreffend. Der Anspruch, wegen dessen Nichterfüllung der Kläger nach dieser Gesetzesstelle Schadenersatz verlangt, ging, wie aus der Anspruchbegründung zweifelsfrei erhellt, auf Lieferung mangelfreier Säcke an Stelle der gesendeten mangelhaften nach § 480 Abs. 1 BGB. und unterlag daher, wie oben dargelegt ist, der Verjährung nach § 477 BGB. Der

gesetzgeberische Grund für die Einführung der kurzen Verjährung der an dieser Gesetzesstelle erwähnten Ansprüche, daß die Ermittlung und Feststellung von Beschaffenheitsmängeln nach Ablauf längerer Zeit kaum ausführbar, und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Maße lästig und hemmend sei (Motive zum Entwurfe des BGB. II, 238), trifft selbstverständlich auch zu, wenn, wie hier, um Schadenersatz wegen Nichtbewirkung einer Ersatzlieferung nach § 480 Abs. 1 BGB. gestritten wird. Denn die Behauptungs- und Beweisgrundlage für einen solchen Ersatzanspruch nach § 326 BGB. ist eben die Mangelhaftigkeit der ursprünglichen Lieferung, für die Ersatz gefordert wird. Es besteht kein Anlaß, die Schadenersatzforderung aus § 326 BGB. hinsichtlich der Verjährung anders zu behandeln als den Anspruch, an dessen Stelle sie tritt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob für die Auslegung des § 326 BGB. die sog. Austausch- oder Surrogationstheorie oder die Differenztheorie angewendet wird. Denn tritt, wie nach der ersten Lehre angenommen wird, der Schadenersatz nur an die Stelle der nicht bewirkten Leistung und bleibt im übrigen das alte Schuldverhältnis bestehen, so folgt daraus ohne weiteres, daß der Anspruch auf Schadenersatz auch hinsichtlich der Verjährung das Schicksal des Anspruchs teilt, an dessen Stelle er gesetzt wird. Löst sich aber, wie die Differenztheorie lehrt, das ganze Schuldverhältnis nach § 326 BGB. dergestalt auf, daß nunmehr die Ersatzforderung an Stelle des gesamten zweiseitigen Schuldverhältnisses tritt, so erscheint es ebenfalls geboten, diese Ersatzforderung für die Verjährung so zu beurteilen, wie den durch sie ersetzten Anspruch. Denn auch nach dieser Lehrmeinung wurzelt der Ersatzanspruch des § 326 BGB. in dem ursprünglichen Schuldverhältnis, im vorliegenden Falle also in dem Anspruch des Klägers auf Lieferung mangelfreier Ware ..."

Urteil des OLG. zu Dresden (1. Sen.) v. 7. Nov. 1918. A. w. P. 1. O. 95/18. S—s.

---

50. Bei der Haftpflichtversicherung kommt der entgehende Gewinn insoweit in Betracht, als die Schadenersatzpflicht nach bürgerlichem Recht diesen einschließt.

Ges. über den Vers.-Vertr. §§ 53, 149.

Die Klägerin war bei der Beklagten gegen Haftpflicht versichert. Nach der Police war die zunächst nur gegen die aus Personenbeschädigung begründete gesetzliche Haftpflicht gewährte Versicherung in der Folge auf die gesetzliche Haftpflicht der Versicherungsnehmerin wegen Sachbeschädigung bis zur Gesamthöhe von 10000 *M* pro Ereignis ausgedehnt worden. Beim Betriebe der klägerischen Krananlagen hatte sich ein Unfall ereignet, der eine Beschädigung eines Kahns herbeigeführt hatte. Der Kahneigner machte die Klägerin für den Schaden haftpflichtig und verlangte Ersatz der Reparaturkosten und des Nutzungsverlustes. Die Beklagte erkannte ihre Regreßpflicht

der Klägerin gegenüber nur in Höhe der Reparaturkosten an. Die Klage der Klägerin hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es handelt sich darum, ob die Vorschrift des § 53 GVV. auch für die Verhältnisse der Haftpflichtversicherung von Bedeutung ist, und ob, wenn das nicht zutrifft, im vorliegenden Falle die Parteien vereinbart haben, daß die Beklagte nur für den eigentlichen Sachschaden, nicht auch für den dem Eigentümer des beschädigten Gegenstandes entgehenden Gewinn aufzukommen habe. Beide Fragen sind zu verneinen. Der § 53 GVV., nach dessen Vorschrift die Versicherung den durch den Eintritt des Versicherungsfalls entgehenden Gewinn nur dann umfaßt, wenn dies besonders vereinbart ist, gehört zu den allgemeinen Vörschriften, die im Gesetz den besonderen Vorschriften über die einzelnen Arten der Schadenversicherung vorangestellt sind. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß er auch auf alle solche Arten der Schadenversicherung Anwendung zu finden hat, die begrifflich seine Anwendung ausschließen. Dies trifft für die Haftpflichtversicherung zu. Ein Gewinn, der den Versicherten angeht, kommt bei ihr überhaupt nicht in Frage. Gegenstand der Versicherung ist bei der Haftpflichtversicherung weder die eingetretene Beschädigung der Person oder der Sache, noch der infolge solcher Beschädigung dem Beschädigten entgehende Gewinn, sondern die Haftung des Versicherten auf Schadenersatz. Daraus folgt, daß die Vorschrift des § 53 auf diese Art der Schadenversicherung keine Anwendung finden kann. Daß auch der Gesetzgeber nichts anderes gewollt hat, ergibt die dem § 149 des Gesetzentwurfes beigegebene Begründung mit voller Klarheit.

Ein entgehender Gewinn spielt bei der Haftpflichtversicherung nur insofern eine Rolle, als nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts (§§ 249, 252 BGB.) die gesetzliche Haftpflicht des Versicherten den Ersatz des dem Geschädigten entgangenen Gewinnes einschließt. Er ist also ein Bestandteil des Schadens, für dessen Ersatz der Versicherungsnehmer aufzukommen hat. Die der Beklagten nach § 149 GVV. auf Grund des Versicherungsvertrages obliegende Leistung umfaßt demnach den Ersatz des dem Kahneigner entgehenden Gewinns, falls nicht die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Das ist nicht der Fall. Dem § 5 der Allgemeinen Bedingungen der Police kann eine derartige Beschränkung der Vertragpflicht der Beklagten nicht entnommen werden. In ihm wird lediglich gesagt, daß die Versicherung erstreckt werden kann auf diejenigen gesetzlichen Haftpflichtansprüche, die wegen Beschädigung fremder Sachen erhoben werden. Durch diese Bestimmung ist der Kreis der Unfälle, wegen welcher die Beklagte der Klägerin Versicherungsschutz gewährte, erweitert worden. Nicht aber ist damit vereinbart, daß für die Bemessung des Schadens, den die Beklagte zu ersetzen sich verpflichtete, besondere einschränkende Grundsätze gelten sollten. Wollte die Beklagte ihre Haftung für den dem Beschädigten entgehenden Gewinn ausschließen, so hätte das in den Bedingungen klar zum Ausdruck gebracht werden müssen. Das

hätte um so näher gelegen, als im § 5 die Haftung für eine ganze Reihe von besonderen Unfällen ausgeschlossen ist. Geschehen ist es nicht. Es mag sein, daß die Beklagte, wäre sie sich über den weiten Umfang der durch die Erstreckung der Versicherung auf die Haftung für den Ersatz von Sachschäden begründeten Verpflichtung klar gewesen, die Prämie höher bemessen hätte. Für die Auslegung des Vertrages ist das ohne Bedeutung. Denn nicht das ist entscheidend, was die Beklagte gewollt hat, sondern das, was im Vertrag erkennbar zum Ausdruck gelangt ist. Als richtig mag auch unterstellt werden, daß bis zum Jahre 1914 allgemein die Haftung auf Ersatz von Sachschäden nur bis zur Höhe von 1000 ℳ übernommen wurde. Zugunsten der von der Beklagten vertretenen Auffassung können aus dieser Tatsache Schlußfolgerungen nicht gezogen werden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 23. Okt. 1918. Bf. IV 105/18. Nö.

---

51. Haftung der Eisenbahn, wenn durch Entzündung eines als Handgepäck mitgenommenen explosionsgefährlichen Stoffes Reisende körperlich verletzt werden? Höhere Gewalt?*

***Vgl. 43 Nr. 96 m. N.; 70 Nr. 37 m. N.**

Haftpflichtges. § 1; Eisenbahnverkehrsordnung § 29; BGB. §§ 823, 831.

Am 25. Januar 1918 fuhr der Kläger mit dem D-Zug von Berlin nach München, und zwar wegen Platzmangels in einem Abteil 3. Klasse, obwohl er eine Fahrkarte 2. Klasse gelöst hatte. Kurz vor München entstand durch ein Gepäckstück, das der im gleichen Abteil sitzende Soldat W. bei sich hatte — 30 kg in einen Glasballon mit Korbgeflecht gefüllte Vulkanisierlösung, die ihm zur Überbringung nach Augsburg mitgegeben worden war — eine heftige Explosion, durch die der Kläger verletzt wurde und Sachschaden erlitt. Er forderte vom bayerischen Eisenbahnfiskus Schadenersatz. Der Beklagte machte geltend, es liege kein Betriebsunfall, jedenfalls aber höhere Gewalt vor; ein Verschulden seiner Organe und Angestellten sei ausgeschlossen. Das in Frage stehende Gepäckstück sei dem W. ohne jede Belehrung über die hochgradige Explosionsgefahr mit dem Auftrag übergeben worden, es als Handgepäck auf der Rückreise nach Augsburg mitzunehmen und dort abzuliefern, der Soldat W. habe eine bayerische Bahnsteigsperre überhaupt nicht passiert. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Daß der Unfall, den der Kläger erlitten, ein Betriebsunfall war, weil er mit den dem Bahnbetrieb eigentümlichen Gefahren innerlich zusammenhängt, kann nicht bestritten werden. Allerdings kann die Explosion eines feuergefährlichen Gepäckstücks auch außerhalb eines Eisenbahnwagens zu Verletzungen der in der Nähe befindlichen Personen führen; allein es ist eine Eigentümlichkeit des Eisenbahnverkehrs, daß der Reisende gezwungen ist, auf verhältnismäßig engem Raum für längere Zeit mit anderen Reisenden und deren Gepäck-

stücken zusammen zu sein, wodurch er gefährlichen Einwirkungen mehr ausgesetzt ist, als dies anderwärts der Fall ist; charakteristisch hierfür ist im vorliegenden Falle gerade der Umstand, daß der Kläger, obwohl im Besitze einer Fahrkarte 2. Klasse, wegen Platzmangels genötigt war, in einem Abteil 3. Klasse Platz zu nehmen. Mit Recht hat aber das Landgericht die Haftung des Beklagten wegen Vorliegens höherer Gewalt als ausgeschlossen erachtet. Als höhere Gewalt ist ein auch mit der peinlichsten Sorgfalt nicht abzuwendendes Ereignis anzusehen (Eger, Komm. zum Haftpflichtges. 7. Aufl. S. 127ff., RGR. Komm. 2. Aufl. Bem. 2 zu § 203 und die dort erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts). Auch ein inneres Ereignis (Explosion im Innern eines Eisenbahnwagens) kann unter den Begriff der höheren Gewalt fallen, vorausgesetzt, daß es trotz größter Aufmerksamkeit nicht abwendbar war (Urteil des Reichsger. v. 3. Juli 1900, Eger Eisenbahnr. Entsch. Bd. 18 S. 204ff.). Bei der Prüfung der Frage, ob das Ereignis abwendbar war, dürfen aber die Natur des in Frage stehenden Unternehmens und seine wirtschaftlichen Bedürfnisse nicht außer acht gelassen werden. Es ist selbstverständlich, daß der Betrieb der Eisenbahn es unmöglich macht, die Mitnahme von Handgepäck jeder Art in die Personenwagen unbedingt zu verbieten; ebenso undurchführbar wäre aber die Anordnung, daß jeder Reisende vor Eintritt in den Wagen einer genauen Untersuchung darüber zu unterziehen sei, ob er Gegenstände mit sich führe, durch welche unter Umständen die Mitreisenden gefährdet werden können. Durch das Verbot, explosionsgefährliche Stoffe in die Personenwagen mitzunehmen (§ 29 Abs. 1 Eisenb.Verk.Ordg. vom 23. Dez. 1908) hat die Eisenbahnverwaltung ihrer Pflicht in dieser Hinsicht in vollem Umfange genügt. Sie darf und muß damit rechnen, daß diesem Verbot Rechnung getragen werde, und ist zu weitergehenden Maßnahmen um deswillen, weil dem Verbot doch zuwidergehandelt werden könnte, nicht verpflichtet. Hieraus ergibt sich auch, daß ein Verschulden der Eisenbahn oder derjenigen Personen, für die sie einzustehen hat, im vorliegenden Falle nicht gegeben ist. Daß der mit Korbgeflecht umwickelte Glasballon, in welchem die Vulkanisierlösung verwahrt war, in irgendwelcher Hinsicht auffallend gewesen wäre, so daß seine Mitnahme in den Wagen vom Bahnpersonal hätte beanstandet werden müssen, ist vom Kläger garnicht behauptet worden; er hat auch der Angabe der Beklagten, daß W. eine bayerische Bahnsteigsperre überhaupt nicht passiert habe, nicht widersprochen.

Demgemäß kann auch von einer Haftung des Beklagten aus dem Beförderungsvertrag oder aus §§ 823, 831 BGB. nicht die Rede sein."

Urteil des OLG. zu München (1. Sen.) v. 8. Jan. 1919. F. w. bayer. Eisenbahnfiskus. L. 516/1918. F—z.

52. Landbriefträger als Tierhalter des Postpferdes.

BGB. § 833.

Der Beklagte hatte als Briefträger die Postsachen zwischen La. und Li. mittels eines Postwagens zu befördern. Das Pferd zu diesem Wagen stellte und unterhielt der Beklagte, der Wagen war Eigentum des Postfiskus. Mit dem Wagen wurden nach bestehender Anordnung auch Personen gegen ein von der Postverwaltung bestimmtes Fahrgeld befördert; dieses Fahrgeld hob der Beklagte ein und lieferte es an die Postverwaltung ab. Am 24. Jan. 1914 wollte der Kläger am Bahnhof in La. auf den Postwagen steigen, das Pferd machte eine Bewegung nach vorwärts, der Kläger kam dabei zu Falle und erlitt eine Verletzung des rechten Armes und der rechten Hand. Der Kläger verlangte Feststellung, daß der Beklagte zum Ersatze des Schadens verpflichtet sei. Der Beklagte bestritt, Tierhalter zu sein und als solcher zu haften. Der Einwand wurde verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Die Revision bestreitet, daß der Beklagte als Tierhalter angesehen werden könne, da das Pferd ausschließlich für den Postfiskus und zu dessen Nutzen verwendet worden sei, und insbesondere auch die Einnahmen aus dem vom Beklagten dienstlich für den Fiskus abgeschlossenen Beförderungsvertrag jenem zugute gekommen seien. Aber die Anschauung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte der Tierhalter gewesen sei, begegnet keinem rechtlichen Bedenken; mit Recht verweist das Berufungsurteil auf das in RGEntsch. 55, 163 behandelte ähnliche Rechtsverhältnis bezüglich des Dienstpferdes eines preußischen Landgendarmen. Daß im Streitfalle der Fiskus eine gewisse Einnahme aus dem mit dem Pferde betriebenen Postverkehr zieht, macht keinen grundsätzlichen Unterschied nach der fraglichen Richtung. ..."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 8. Juli 1918. R. w. E. (OLG. Kolmar). IV. 155/18.

---

53. Pfandrechtliche Sicherung eines Lehnsstamms nach Sächsischem Recht ohne Eintragung im Grundbuch; Fortbestand des dinglichen Rechts nach dem 1. Januar 1900?

EG.BGB. Art. 184; Sächs. Ges. v. 6. Nov. 1843; Publ. Ordnung v. 2. Januar 1863 § 7.

Die Kläger klagten gegen die Mutter der Beklagten und nach deren Tode gegen deren Erbin, die Beklagte, als Eigentümerin des Ritterguts M. auf Zahlung der Zinsen eines Lehnsstamms, für den ihrer Behauptung nach mit dem Rittergut M. hypothekarische Sicherheit bestellt und durch Konfirmation und Konsenserteilung wirksam geworden sein sollte. Die Beklagte bestritt das Bestehen einer dinglichen Sicherheit mangels Eintragung des Rechtes im Grundbuch. Der Einwand wurde in beiden Instanzen verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der den Klägern zustehende Anspruch auf Gewährung eines Lehnsquantums von 1750 Talern stellt sich als Lehnsstamm der von Otto (das Recht

der Lehngüter) auf S. 94ff. geschilderten Art dar (zu vgl. auch Urteil des OLG. Dresden vom 2. Okt. 1885 in Wenglers Archiv n. F. 6. Bd. S. 753). Ein solcher Anspruch ist zwar an sich nur eine auf Vertrag beruhende persönliche Forderung (Otto a. a. O. S. 97). Regelmäßig ist jedoch damit eine pfandrechtliche Sicherung verbunden (Otto S. 97, auch 95). So auch im vorliegenden Fall. Wie das Landgericht mit zutreffender Begründung festgestellt hat, ist für den Anspruch auf Gewährung des Lehnsquantums sowohl bei dessen Begründung wie beim Besitzwechsel des Ritterguts M. hypothekarische Sicherheit bestellt und diese durch Konfirmation und Konsenserteilung wirksam geworden (Haubold, Sächs. Privatrecht, 3. Aufl. 1. Abs. S. 289 § 210b; Curtius, Sächs. Zivilrecht 4. Aufl. 2. Teil 3. Abs. S. 235 § 1055b). Insbesondere übernahm der Vater bzw. Großvater der Beklagten beim Kaufe des Ritterguts M. am 23. Okt. 1815 in Anrechnung auf den Kaufpreis ‚1750 Taler oder 2000 Meißnische Gulden Lehnsstamm, die auf dem verkauften Gute versichert stehen ohne Neuerung als Selbstschuldner' und verpflichtete sich ‚zur kontraktmäßigen Verzinsung dieses Lehnsstamms', und dieser Vertrag wurde durch Konfirmation und Konsenserteilung vom 23. Febr. 1816 wirksam.

Die Pfandsicherheit ist nun nicht, wie die Beklagte jetzt geltend macht, dadurch untergegangen, daß sie nicht in das 1843 angelegte Grund- und Hypothekenbuch eingetragen worden ist. Denn das Gesetz vom 6. November 1843, die Grund- und Hypothekenbücher betr., spricht nirgends aus, daß rechtsgültig erworbene Pfandrechte, welche in das neu anzulegende Grund- und Hypothekenbuch nicht aufgenommen werden, von dessen Eröffnung an als erloschen betrachtet werden sollen. Daher verbleibt demjenigen, dessen rechtsgültig erworbenes Pfandrecht, wie es vorliegend in Frage kommt, in das Grund- und Hypothekenbuch nicht aufgenommen worden ist, keineswegs bloß ein Anspruch auf Neubegründung der Pfandsicherheit, sondern sein dingliches Recht besteht ungeschmälert fort und kann nur einem dritten Erwerber des Grundstücks gegenüber nicht geltend gemacht werden, der in das Grundbuch eingetragen worden ist und beim Erwerb von dem Pfandrecht keine Kenntnis gehabt hat (Heyne, Kommentar zum Gesetz vom 6. Nov. 1843 2 Bde. S. 228ff.). Hieran ist weder durch die Einführung des Sächs. BGB. (vgl. § 7 der Publikationsordnung vom 2. Januar 1863) noch durch die Einführung des D. BGB. etwas geändert worden. Danach können Pfandrechte in dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB. oder der erfolgten Grundbuchanlegung am Grundstücke bestehen, ohne eingetragen zu sein, so namentlich Hypothek im Falle irriger Löschung oder unterlassener Übertragung. Sie bedürfen zwar zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung. Im übrigen aber bleiben sie in ihrem Bestand, auch im Falle der Nichteintragung, unangetastet (Habicht, Einführung, 3. Aufl. S. 495; Staudinger, EG.BGB. S. 538 2a, S. 540 C 1).

Hat hiernach der Anspruch der Kläger auf Gewährung eines Lehnsquantums die Pfandsicherheit trotz Nichteintragung ins Grundbuch nicht verloren, so können die Kläger diesen dinglichen Anspruch auch der ursprünglichen und der jetzigen Beklagten gegenüber geltend machen, da beide als Erbinnen je ihres Vorbesitzers in Betracht kommen, die ursprüngliche Beklagte überdies bis zum Jahre 1890 durch Bezahlung der Zinsen des Lehnsstamms diesen anerkannt hat.

Das Landgericht hat mithin mit Recht den dinglichen Charakter der Ansprüche der Kläger bejaht und die Beklagte auf Grund ihrer dinglichen Haftung aufs Ganze verurteilt."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Zivils.) vom 9. Juli 1918. B. d. H. w. v. B. 7. O. 74/18. — e —

54. Erblasser i. S. des § 1369 BGB. ist derjenige, der in zulässiger Weise über bestimmte Vermögensstücke eine letztwillige Verfügung trifft.

BGB. § 1369.

Der Kläger verlangte von der Beklagten, seiner mit ihm im gesetzlichen Güterstande des BGB. lebenden Ehefrau, daß sie über den Bestand des beim Tode ihres Vaters erhaltenen mütterlichen Anteils am gütergemeinschaftlichen Vermögen ihrer Eltern ein Verzeichnis aufnehme und ihm übergebe. Die Eltern der Beklagten hatten in westfälischer Gütergemeinschaft gelebt, die Mutter war 1911 ohne Hinterlassung eines Testaments, der Vater 1916 unter Hinterlassung zweier letztwilliger Verfügungen aus den Jahren 1913 und 1914 gestorben, in denen er das gesamte gemeinschaftliche Vermögen, hinsichtlich dessen er nach dem Tode seiner Ehefrau mit seinen Kindern, der Beklagten und deren Bruder Gustav, die Gütergemeinschaft fortgesetzt hatte, zwischen den Kindern verteilt und bestimmt hatte, daß alles, was der Beklagten, und zwar auch von mütterlicher Seite zufalle, ihr Vorbehaltsgut sein solle. Die Klage, mit der diese Anordnung hinsichtlich des mütterlichen Vermögens der Beklagten für unwirksam erklärt wurde, wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen. Die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Entscheidend ist, ob auch in bezug auf das Vermögen, das der Beklagten bei der Auseinandersetzung mit ihrem Bruder von mütterlicher Seite zugefallen ist, ihr Vater im Sinne des § 1369 als ‚Erblasser' angesehen werden kann, da nach § 1369 nur der Erblasser zu bestimmen vermag, daß das, was die Frau von Todes wegen erwirbt, Vorbehaltsgut sein soll. Soweit das Oberlandesgericht, indem es in dieser Beziehung zuungunsten des Klägers erkennt, darauf Gewicht legt, daß der überlebende Ehegatte, wenn er von der ihm durch § 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 erteilten Befugnis Gebrauch mache und die Beerbung auch des verstorbenen Ehegatten regele, doch nur gewissermaßen in dessen Stellvertretung handle, eine stellvertretende

Verfügung treffe, mögen seine Ausführungen, wenigstens im Ausdrucke, nicht ganz unbedenklich sein. Unter allen Umständen wird aber seine Entscheidung durch die Erwägung getragen, daß Erblasser im Sinne des § 1369 derjenige sei, der in zulässiger Weise über bestimmte Vermögensstücke eine letztwillige Verfügung trifft. Freilich hat die Revision für die Regelfälle recht, wenn sie sagt, Erblasser sei nur derjenige, von dem das, was die Frau von Todes wegen erwirbt, wirklich herrührt, denn in der Regel kann jeder nur über sein eigenes Vermögen von Todes wegen verfügen. Wenn jedoch, insbesondere kraft landesgesetzlicher Vorschriften, die sich im Rahmen der Übergangsbestimmungen des EG. z. BGB. halten, ausnahmsweise einmal jemand befugt ist, über fremdes Vermögen wie über sein eigenes zu verfügen, und von dieser Befugnis Gebrauch macht, dann steht nichts entgegen, auch ihn als ‚Erblasser' im Sinne des § 1369 anzusehen. Diese Voraussetzung aber trifft nach der das Revisionsgericht bindenden Auslegung, die das Oberlandesgericht dem irreversiblen § 10 Abs. 4 des Gesetzes vom 16. April 1860 gibt, im Streitfalle zu. Die durch Art. 200 EG. aufrechterhaltene Bestimmung gibt eben nach der Auffassung des Oberlandesgerichts dem überlebenden Ehegatten die Befugnis, über den Anteil der verstorbenen Ehefrau am gütergemeinschaftlichen Vermögen wie über seinen eigenen zu verfügen. Aus dieser Befugnis ergibt sich zugleich, daß die Beklagte das, was ihr bei der Auseinandersetzung mit ihrem Bruder zugefallen ist, auch soweit es von mütterlicher Seite herstammt, nicht sowohl deshalb erworben hat, weil sie neben ihrem Bruder Erbin der Mutter ist, sondern deshalb, weil ihr Vater von seiner Befugnis, auch über den Anteil der Mutter am gütergemeinschaftlichen Vermögen zu verfügen, so wie geschehen und nicht anders Gebrauch gemacht hat. Ist das aber richtig, dann durfte das Oberlandesgericht den Vater im Sinne des § 1369 unbedenklich als Erblasser ansehen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhange nur noch, daß zwar der Revision im allgemeinen beizupflichten ist, wenn sie unter Berufung auf RGEntsch. 65, 370 und 90, 69 ausführt, in den §§ 1366 bis 1370 BGB. seien die Bestandteile des Vorbehaltsguts erschöpfend aufgezählt, und wenn sie daraus folgert, alles, was dort nicht mit aufgeführt sei, gehöre zum eingebrachten Gut der Frau (§§ 1363, 1365). Aber einmal schließt die Aufzählung in den §§ 1366 bis 1370 nicht aus, daß aus besonderen Gründen auch andere Vermögensbestandteile dem Vorbehaltsgute der Frau zugerechnet werden müssen (vgl. z. B. RGEntsch. 90, 323). Dann aber fragt sich hier lediglich, ob nicht die Bestandteile des Vermögens der Beklagten, um die sich der Rechtsstreit dreht, unter die in § 1369 aufgeführten fallen, und nur diese Frage ist es, die das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum zuungunsten des Klägers bejaht.

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 30. Okt. 1918. W. w. W. (OLG. Hamm). IV. 224/18.

---

55. Wirksamkeit des Erbvertrags durch den der Erblasser den seinem verschuldeten Sohne vertragmäßig zugewendeten Erbteil seinen Enkeln zuweist und den Sohn auf den lebenslänglichen Zinsgenuß bis zur Höhe von 1500 ℳ jährlich beschränkt; Scheingeschäft? Verstoß gegen die guten Sitten?*

***Vgl. 71 Nr. 154.**

BGB. §§ 2290; BGB. § 117; BGB. § 138.

S. setzte durch einen mit seinen fünf Kindern geschlossenen Erbvertrag vom 28. Nov. 1902 diese, darunter seinen Sohn P. S., zu gleichen Teilen zu Erben ein. Am 15. Sept. 1910 schloß er mit seinen Kindern einen zweiten Erbvertrag, in dem P. S. zugunsten seiner ehelichen Abkömmlinge auf jede Erbberechtigung verzichtete und bestimmt wurde, daß der ihm im Erbvertrage vom 28. Nov. 1902 zugedachte Anteil an seine ehelichen Abkömmlinge fallen und ihm selber daran nur der lebenslängliche Zinsgenuß bis zur Höhe von 1500 ℳ jährlich zustehen soll. Nachdem S. gestorben war, ließ der Beklagte wegen einer Forderung gegen P. S. dessen Erbteil, der ihm am Nachlasse des Vaters aus dem Erbvertrage vom 28. Nov. 1902 und kraft Gesetzes gegen seine Miterben zustehe, pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Die Klägerin, die einzige Tochter des P. S., klagte auf Feststellung, daß dem Beklagten am Nachlasse des S. keine Rechte zustehen. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 2290 Abs. 1, 4 BGB. war es rechtlich zulässig, durch den zwischen denselben Personen in der Form des § 2276 BGB. geschlossenen Erbvertrag vom 15. September 1910 den früheren Erbvertrag vom 28. Nov. 1902 hinsichtlich der Erbberechtigung des P. S. wieder aufzuheben und den ihm darin zugedachten Erbteil nunmehr der Klägerin als seiner einzigen Tochter als freies Vermögen im Sinne des § 1651 Nr. 2 BGB. zuzuwenden. Daß aber der erste Erbvertrag von 1902 in Kraft geblieben sei, weil der spätere Vertrag von 1910 als Scheingeschäft und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sei, kann der Revision nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht zugegeben werden.

Zweck des zweiten Erbvertrags war, wie das Berufungsgericht dem Beklagten zugibt, den Zugriff der Gläubiger des P. S. auf den väterlichen Nachlaß zu verhindern und den Nachlaß für dessen Abkömmlinge zu sichern. Dieser Zweck war aber nur erreichbar, wenn Vater S. und sein Sohn P. S. darüber einig waren, daß P. S. zuvor auf jede eigene Erbberechtigung am väterlichen Nachlaß ernsthaft verzichtete. Ein bloßes Scheingeschäft, bei dem nach § 117 BGB. die Vertragteile einig sind, daß das Erklärte nicht gelten solle, war für die Erreichung dieses Zweckes, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, rechtlich ungeeignet (Warneyer 1914 Nr. 144). Entsprach aber der durch den zweiten Erbvertrag abgeänderte Rechtszustand dem wirklichen Willen der Vertragsteile, so kann von einem Scheingeschäft auch dann

keine Rede sein, wenn, wie die Revision geltend zu machen sucht, P. S. gleichwohl den tatsächlichen Genuß an dem nunmehr der Klägerin als freies Vermögen zugefallenen Erbteil habe erlangen sollen. — Ob aber der zweite Erbvertrag im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. gegen die guten Sitten verstößt, war nach dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts zu beurteilen, wie er sich aus der Zusammenfassung von Beweggrund, Inhalt und Zweck des Geschäfts ergibt (RGEntsch. 80, 221). An sich ergibt der Inhalt des zweiten Erbvertrags nichts Sittenanstößiges, dies gilt sowohl für den Verzicht des P. S. auf seine Erbberechtigung als auch auf die hierdurch dem Vater S. geschaffene Möglichkeit, den freigegebenen Erbteil seines Sohnes nunmehr der Klägerin zuzuwenden. Was aber den Zweck dieses Vertrags betrifft, so hat das Berufungsgericht tatsächlich festgestellt, daß der Vater S. nur aus Familienfürsorglichkeit darauf bedacht war, sein Vermögen den Kindern seines verschuldeten Sohnes zu erhalten, anstatt es in die Hände der Gläubiger seines Sohnes fallen zu lassen. Auch dieser Zweck, der zudem mit dem Grundgedanken des § 2338 Abs. 1 BGB. im Einklange steht, ist als sittenwidrig in keiner Weise zu beanstanden (Urteile des Senats bei Gruchot 51, 896 und bei Warneyer 1908 Nr. 436). Kraft dieser Feststellung, wonach der Vater S. nur aus Fürsorge für die Kinder seines Sohnes Paul den zweiten Erbvertrag geschlossen hat, erscheint aber auch die nach Meinung der Revision unzulänglich gewürdigte Behauptung des Beklagten tatsächlich widerlegt, es habe der Vater S. den Vertrag nur zur Erreichung der ihm bekannten unredlichen Absicht seines Sohnes P. geschlossen, wonach dieser darauf ausgegangen sei, den seinen Kindern zugedachten Erbteil gleichwohl an sich selber zu nehmen, anstatt ihn an die Kinder zu geben, um so seine Gläubiger, darunter den Beklagten, ihrer Rechte zu berauben. Wenn aber nicht beide Vertragsteile, sondern etwa bloß P. S. bei Abschluß des Vertrags aus unerlaubten Beweggründen gehandelt oder verwerfliche Zwecke verfolgt haben sollte, so reicht diese nur auf einer Vertragsseite bestehende Sittenwidrigkeit nicht aus, um den Vertrag gemäß § 138 BGB. für nichtig zu erklären (vgl. JW. 1914, 463[3])."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 24. Okt. 1918. F. w. S. (KG. Berlin). IV. 212/18.

II. Verfahren.

56. **Setzt die Zustellung einer vom Anwalt hergestellten beglaubigten abgekürzten Abschrift von der erteilten vollständigen Urteilsausfertigung die Berufungsfrist in Lauf?**

ZPO. §§ 516. 170. 496 Abs. 6; VO. v. 9. Sept. 1915 § 26.

I.

Der Anwalt der Beklagten behändigte zwecks Zustellung des ihm in vollständiger Ausfertigung erteilten erstinstanzlichen Urteils eine davon unter Weglassung von Tatbestand und Gründen gefertigte beglaubigte abgekürzte Ab-

schrift am 19. Juli 1917 dem Anwalt des Klägers. Der Kläger legte darauf am 30. Juli 1917 Berufung ein. Am 15. August 1917 stellte der Anwalt des Beklagten dem Anwalt des Klägers eine vollständige beglaubigte Abschrift des erstinstanzlichen Urteils zu. Für den Fall der Unzulässigkeit der früheren Berufungseinlegung wiederholte der Kläger am 15. Okt. die Einlegung des Rechtsmittels mit der Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das OLG. erklärte die Berufung vom 30. Juli 1917 für zulässig. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der am 30. Juli 1917 eingelegten Berufung hängt ab von der Entscheidung über die Frage, ob die Zustellung der abgekürzten Urteilsschrift am 19. Juli 1917 wirksam war. Die Wirksamkeit ist deshalb zweifelhaft, weil ausweislich der Akten vom Gerichtsschreiber eine unverkürzte Ausfertigung des Urteils vom 13. Juli 1917, d. h. eine solche mit Tatbestand und Gründen erteilt worden ist, die dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers vom Vertreter der Beklagten zugestellte Abschrift aber Tatbestand und Gründe nicht enthält.

Nun kann nach § 496 Abs. 6 ZPO. in Verbindung mit § 26 die Entlastungsverordnung vom 9. Sept. 1915 die Ausfertigung eines Urteils unter Weglassung des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe erfolgen, und die Zustellung einer solchen abgekürzten Ausfertigung steht in den Wirkungen der Zustellung des vollständigen Urteils gleich. Fraglich ist nur, ob diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn, wie hier, vom Gerichtsschreiber eine ungekürzte Ausfertigung des Urteils erteilt ist, der Prozeßbevollmächtigte der einen Partei aber eine beglaubigte Abschrift davon unter absichtlicher Weglassung von Tatbestand und Gründen angefertigt und diese Abschrift dem Gegner zugestellt hat. Die Frage wird verneint von Förster, Kann, ZPO. I, 1142 § 496, 7, Neustadt, JW. 1913 281 und v. d. Pfordten, Bay. Z. 8, 449; bejaht vom Landgericht Dortmund, JW. 1913, 285 und von Jahn, JW. 1913, 454, während die übrigen Kommentatoren der ZPO. die Frage unerörtert lassen. Die Bemerkung bei Jahn a. a. O.: ‚Stein, Novelle zur ZPO. S. 78 führe aus, daß die Zustellung der Urteilsausfertigung in abgekürzter Form nur dann die volle Zustellungswirkung habe, wenn die Ausfertigung auch in abgekürzter Form erteilt sei', beruht auf einem Irrtum. Stein spricht sich in diesem Sinne a. a. O. nicht aus. Dagegen lassen seine Ausführungen in der 11. Aufl. I, 454 § 170 IV bei Note 39 und 40 den Schluß zu, daß er die Frage, hätte er sie aufgeworfen, bejaht haben würde.

Die Bejahung entspricht auch dem Sinne und Zweck der Vorschrift in § 496 Abs. 6 ZPO.; weder der Wortlaut dieser noch einer anderen prozessualen Bestimmung steht ihr entgegen.

Nach § 170 ZPO. besteht die Zustellung, wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll, in deren Übergabe, in den übrigen Fällen in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks. Da es sich im

vorliegenden Falle um eine Zustellung im Parteibetrieb handelt, so bedurfte es lediglich der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der Urteilsausfertigung (Stein I, 452, § 270 II 2 bei Note 11; ohne Grund bezweifelt von Schilling, Seuff. Bl. 77, 329). Eine solche Zustellung ist auch am 19. Juli 1917 erfolgt. Allerdings ist die zugestellte, vom Rechtsanwalt M. beglaubigte Abschrift der Urteilsausfertigung insofern nicht vollständig, als Tatbestand und Gründe fehlen. Aber hierauf hat der Rechtsanwalt M. in dem Zustellungsvermerk ausdrücklich hingewiesen. Wenn nun auch im allgemeinen die Richtigkeit der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks gefordert werden muß, so bildet doch immer der Inhalt der Urschrift die Hauptsache, und wenn der wesentliche Inhalt dieser Urschrift aus der zugestellten, wenn auch nicht genauen oder vollständigen Abschrift genügend entnommen werden kann, so liegt kein Grund vor, wegen einer nicht wesentlichen Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit die ganze Zustellung für nichtig und unwirksam zu erklären (RGEntsch. 4, 433; 61, 395; Warn. 1913 Nr. 261; RsprOLG. 5, 79; 17, 172). Demgemäß hat das Reichsgericht beispielsweise die Eröffnung der Berufungsfrist in einem Fall angenommen, wo eine Urteilsabschrift mit unrichtiger Parteibezeichnung zugestellt war (JW. 1898, 661[15]). Nun mußten freilich bis zum Inkrafttreten der Novelle vom 1. Juni 1909 Tatbestand und Gründe als wesentliche Bestandteile der Urteilsausfertigung im Sinne von § 170 ZPO. angesehen werden, weil die Prozeßordnung bis dahin Ausfertigungen in abgekürzter Form nicht kannte. Seitdem aber durch die Novelle die abgekürzte Ausfertigung ohne Tatbestand und Gründe für das amtsgerichtliche Verfahren eingeführt und die Zustellung einer solchen Ausfertigung in ihren Wirkungen der Zustellung des vollständigen Urteils gleichgestellt ist, und nachdem dieses Verfahren durch § 26 der VO. vom 9. Sept. 1915 auf landgerichtliche Urteile ausgedehnt worden ist, kann das Vorhandensein von Tatbestand und Gründen in der zugestellten Urteilsabschrift nicht mehr als wesentlicher Bestandteil derselben angesehen werden, dessen Weglassung die Zustellung selbst unwirksam machen würde. Dies jedenfalls dann nicht, wenn, wie hier, der zustellende Anwalt in dem Zustellungsvermerk ausdrücklich darauf hinweist, daß die Abschrift unter Weglassung von Tatbestand und Gründen angefertigt sei, und wenn die Abschrift selbst durch entsprechende Worte und Zeichen — ‚Tatbestand, Gründe usw. usw.' — erkennen läßt, daß ein Teil der Ausfertigung fortgelassen sei.

Es kann für die Frage, welche Bestandteile des Urteils für die Zustellung im Sinne des § 170 ZPO. wesentlich sind, keinen Unterschied machen, ob die Abschrift einer vom Gerichtsschreiber erteilten gekürzten Ausfertigung — also ein Urteil ohne Tatbestand und Gründe — zugestellt wird oder eine unter Weglassung von Tatbestand und Gründen angefertigte Abschrift einer vollständigen Ausfertigung (vgl. Jahn, JW. 1913 S. 454, auch RGEntsch. 85, 17). Die entgegengesetzte Ansicht ist formalistisch und entspricht weder den Zweckmäßigkeitsgründen, denen § 496 Abs. 6 ZPO. und § 26 der Entlastungsverord-

nung ihre Entstehung verdanken, noch dem damit zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken (LG. Dortmund, JW. 1913, 285). War sonach die Zustellung vom 19. Juli 1917 wirksam, so ist auch die Berufung vom 30. Juli 1917 ordnungsmäßig eingelegt. . . ."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 27. Nov. 1917 i. S. Ho. w. Je. 7. O. 124/17. F—ch.

II.

„Der Anwalt der Klägerin hatte, da eine gesetzliche Vorschrift, daß die Zustellung eines Urteils nur in Ausfertigung erfolgen darf, nicht besteht, gemäß § 170 ZPO. die Wahl, ob er die Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils durch Übergabe einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift derselben herbeiführen wollte. Er hätte demnach eine rechtswirksame Zustellung nur durch die Übergabe einer ihm gemäß § 317 Abs. III ZPO. von der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts erteilten Ausfertigung, oder, falls er sich nicht in der Gerichtsschreiberei zu diesem Zweck eine beglaubigte Abschrift des Urteils hätte erteilen lassen wollen, durch die Übergabe einer von ihm gemäß § 170 Abs. II ZPO. beglaubigten vollständigen Abschrift der ihm vom Gerichtsschreiber erteilten Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift bewirken können, gleichviel ob ihm die Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Gerichtsschreiberei unverkürzt oder in der abgekürzten Form des § 496 Abs. 6 erteilt wurde. Die Befugnis der Selbstkürzung der zuzustellenden Schriftstücke in wesentlichen Teilen, zu denen der Tatbestand und die Entscheidungsgründe eines Urteils ohne Zweifel zu rechnen sind, ist den Parteien und den Anwälten vom Gesetze nirgends eingeräumt. Der Beschwerdeführer muß selbst zugeben, daß diese schon vom Landgericht vertretene Ansicht dem Wortlaute des Gesetzes entspricht, er meint aber, daß die seinem Standpunkte widersprechende Fassung des § 496 Abs. 6 ZPO. auf einem redaktionellen Versehen des Gesetzgebers beruhe. Diese Meinung ist jedoch nicht gerechtfertigt. Sie läßt sich schon angesichts der Tatsache nicht aufrechterhalten, daß auch im Falle des § 26 der Verordnung zur Entlastung der Gerichte vom 9. Sept. 1915, durch welchen der Abs. 6 des § 496 ZPO. für entsprechend erklärt wurde, weder den Parteien noch den Anwälten ein solches Abkürzungsrecht eingeräumt wurde (s. Wassermann-Erlanger, Kriegsgesetze 3. Aufl. S. 105). Die erwähnte Verordnung ist am 18. Mai 1916 neu gefaßt worden, also zu einer Zeit, in der die hier kritische Frage, wie die vom Beschwerdeführer selbst angeführten Literaturbelege beweisen, schon längst strittig war. Es kann daher ohne die schwerwiegendsten Gründe nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber, wenn er die hier vertretene Ansicht nicht für zutreffend erachtet hätte, es übersehen hätte, dem Gesetze eine entsprechend erweiterte Fassung zu geben. Solche Gründe hat aber auch der Beschwerdeführer nicht beizubringen vermocht. Es war daher der Entscheidung des Landgerichts, durch die der Klage-

partei das Armenrecht für die von ihr eingelegte Berufung entzogen wurde, beizutreten und die Beschwerde zurückzuweisen."

Beschluß des OLG. zu München (2. Sen.) v. 21. Nov. 1918. K. w. M. Beschw.-Reg. 344/1918. F—z.

---

57. Schriftstücke, die lediglich einen Rechtssatz wiedergeben, sind keine Urkunden i. S. des § 580 Nr. 7 b ZPO.; Unbenutzbarkeit einer Urkunde.

ZPO. § 580.

Der beklagte Provinzialverband hatte dem Kläger die Ausführung von Arbeiten für eine Talsperre übertragen. Nachdem der Kläger in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, schlossen die Parteien am 4. Dez. 1902 einen Vergleich. Im Juni 1913 erhob der Kläger Klage auf Feststellung, daß der Vergleich nichtig sei. Die Klage wurde in drei Instanzen abgewiesen. Durch die im Februar 1916 angebrachte, auf § 580 Nr. 7 b ZPO. gestützte Restitutionsklage nahm der Kläger das Verfahren wieder auf. Die Klage wurde vom Berufungsgericht als unstatthaft abgewiesen. Die Revision blieb ohne Erfolg. Gründe des Rev.-Urteils:

„Das Restitutionsbegehren des Klägers gründet sich auf die zum § 91 Abs. 1 der preuß. Provinzialordnung v. 22. März 1881 über die Form gewisser Verpflichtungsbeurkundungen des Provinzialverbandes ergangene statutarische Anordnung XV, die am 31. März 1914 vom schlesischen Provinziallandtage beschlossen, am 14. Mai 1914 Allerhöchst genehmigt und auf Seite 197 des Breslauer Amtsblatts vom Jahre 1914 veröffentlicht ist. Von dem Inhalte des Statuts will Kläger erst durch einen ihm am 31. Januar oder 1. Februar 1916 zugegangenen Abdruck Kenntnis erhalten haben, und er versucht darzulegen, daß er in dem rechtskräftig abgeschlossenen Prozeßverfahren eine ihm günstige Entscheidung erzielt haben würde, wenn ihm das Statut vor Erlaß des Berufungsurteils vom 15. Juni 1915 bekannt gewesen wäre.

Das angefochtene Urteil läßt dahingestellt, ob die statutarische Anordnung XV als eine Urkunde im Sinne des § 580 Nr. 7 b ZPO. anzusehen ist, und gelangt aus Gründen anderweiter Art zu dem Ergebnis, die Statthaftigkeit der Restitutionsklage zu verneinen. Die maßgeblichen Erwägungen des Urteils können aber auf sich beruhen. Denn keineswegs ist dem Kläger zuzugeben, daß die Anordnung XV, mag man dabei an ihre Veröffentlichung im Amtsblatt oder an irgendeine durch Schrift oder Druck bewirkte Vervielfältigung ihres Wortlauts denken, eine dem § 580 Nr. 7 b entsprechende Urkunde darstellen kann. Diese Vorschrift bezieht sich, wie der letzte Absatz des § 580 ersehen läßt, ausschließlich auf Urkunden, welche zum Nachweis eigentlicher Tatsachen dienlich sein sollen und können. Schriftstücke, die lediglich einen Rechtssatz wiedergeben, sind für die Feststellung streitiger Verhältnisse nicht unmittelbar beweiserheblich und gehören darum nicht hierher. Die mit Gesetzeskraft erlassene statutarische Anordnung XV ist aber ein Rechtssatz, ein Bestand-

teil der in der Provinz Schlesien geltenden objektiven Rechtsordnung. Schon deshalb kann der durch das Breslauer Amtsblatt oder durch irgendwelche Abdrücke der Abschriften erbrachte Nachweis jenes Statuts nicht als ein nach § 580 Nr. 7b ZPO. erheblicher neuer Urkundenbeweis beurteilt und zugelassen werden. Aber auch die weitere Voraussetzung der Vorschrift, daß der Restitutionskläger eine Urkunde „auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird", ist nicht erfüllt. Nach der Richtung wäre erforderlich gewesen, daß das Statut, auf dessen Inhalt der Kläger Gewicht legt, zeitweilig verborgen oder nicht auffindbar oder nicht bekannt oder sonst nicht benutzbar gewesen sei. Von alledem kann hier keine Rede sein, da das Statut schon im Laufe des Jahres 1914 durch Aufnahme in das Breslauer Amtsblatt zur allgemeinen Kenntnis gebracht war, und sonach seit jener Veröffentlichung für jedermann, auch den Kläger, die Möglichkeit bestand, sich durch Einsicht in das Amtsblatt Kenntnis von der statutarischen Anordnung zu verschaffen. (Vgl. auch RGEntsch. 48, 375; 59, 413). Daraus ergibt sich die Unzulässigkeit der erhobenen Restitutionsklage (ZPO. § 589)."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 5. Juli 1918. B. w. Kom.Verb. d. Prov. Schl. (OLG. Breslau.) VII. 87/18.

---

58. Dem Drittschuldner steht gegen den klagenden Pfändungsgläubiger kein Einwand gegen den Bestand der vollstreckbaren Forderung zu;* die Unpfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs kann nur gemäß § 766 ZPO. geltend gemacht werden.

*Vgl. 66 Nr. 74 m. N.

ZPO. §§ 766. 767. 829. 835. 841. 852; BGB. § 2317.

Zur Sicherheit für eine angebliche Darlehnschuld trat der Kaufmann J. H. dem Kläger seinen Anspruch auf den Pflichtteil seines im Febr. 1916 verstorbenen Vaters in Höhe der einzelnen Darlehne nebst Verzugszinsen und Kosten ab. Alleinige Erbin des genannten Erblassers war die Beklagte geworden, während J. als einziges Kind im Testament auf den $^3/_8$ des Nachlasses betragenden Pflichtteil gesetzt war. Da die Darlehne nicht zurückgezahlt wurden, erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage auf Zahlung von 18000 ℳ aus dem Pflichtteil des J. H. Die Klage stützte er auch auf einen wegen der Klageforderung auf Grund der vollstreckbaren notariellen Urkunden am 28. Oktober 1916 erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß. Die Beklagte wendete unter anderem ein, daß die Rechtsgeschäfte wegen Wuchers nichtig seien, und daß die Pfändung des Pflichtteilsanspruchs unzulässig sei. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß, wenn der Einwand des Wuchers begründet ist, von der Nichtigkeit auch die Abtretung des Pflicht-

teilsanspruchs ergriffen wird. Die Nichtigkeit beschränkt sich im Falle des Wuchers nach der Bestimmung des § 138 Abs. 2 BGB. nicht auf das schuldrechtliche Geschäft. Nichtig ist vielmehr auch das dingliche Geschäft, durch welches die in dem wucherischen Vertrage versprochenen Leistungen zur Ausführung gebracht oder sichergestellt werden. (RGEntsch. 57, 95; 75, 76). Hierzu gehört auch die tilgungshalber oder sicherungshalber vorgenommene Abtretung einer Forderung. Aus der Nichtigkeit der Abtretung folgt, daß die Beklagte, gegen welche der Pflichtteilsanspruch erhoben wird, sich auf diese Nichtigkeit berufen darf. Ist die Abtretung selbst gültig erfolgt, so kann zwar der Schuldner aus der Ungültigkeit der Forderung, die durch die Abtretung getilgt oder gesichert werden soll, regelmäßig keinen Einwand herleiten, da ein solcher Einwand nur dem Rechtsverhältnis zwischen dem Abtretenden und dem Abtretungsempfänger angehört. Anders ist es aber bei Nichtigkeit der Abtretungshandlung. In diesem Falle ist die abgetretene Forderung auf den Abtretungsempfänger überhaupt nicht übergegangen. Der Schuldner ist deshalb berechtigt, die Klagebefugnis (Aktivlegitimation) des neuen Gläubigers zu bestreiten (vgl. Planck 4 Anm. 3 zu § 404 BGB.) . . . . .

Kläger hat den Klaganspruch aber auch darauf gestützt, daß er auf Grund der notariellen Urkunden, in denen J. H. wegen der darin bestimmten Geldsummen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, den Pflichtteilsanspruch wegen der Klageforderung hat pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Gegenüber diesem Klagegrunde können die Einwendungen der Beklagten nicht durchgreifen.

Gegen die Richtigkeit der zur Vollstreckung stehenden Forderung sind dem Drittschuldner, wie allgemein anerkannt, keinerlei Einwendungen gestattet. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß kann daher von der Beklagten nicht damit bekämpft werden, daß die eingeklagte Darlehnsforderung nicht bestehe, daß sie insbesondere wegen Wuchers nichtig sei. Unbenommen sind dem Drittschuldner Einwendungen, die darauf hinausgehen, daß die prozessualen Voraussetzungen der Vollstreckung nicht gegeben seien, und daß demgemäß durch die im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgte Überweisung das Recht zur Einziehung der Forderung nicht auf den Vollstreckungsgläubiger übergegangen sei (vgl. Stein, § 766 ZPO. bei Anm. 51, § 829 unter VII 2 a, RGEntsch. 38, 400). Aus diesem Gesichtspunkte würde ein Einwand der Beklagten zustehen, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung nicht erteilt oder der Vollstreckungstitel nicht dem Schuldner zugestellt oder die Pfändung nicht in gesetzlicher Weise bewirkt worden wäre. Das Recht des Drittschuldners kann aber nicht so weit ausgedehnt werden, daß er, weil aus materiellrechtlichen Gründen die vollstreckbare Ausfertigung nicht hätte erteilt werden sollen, die Pfändung und Überweisung als nicht zu Recht bestehend an-

fechten könnte. Die Beklagte kann deshalb aus dem von ihr behaupteten wucherischen Charakter des Darlehnsgeschäfts und der hieraus folgenden Unwirksamkeit der in den notariellen Urkunden erklärten Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung einen Einwand gegen die Gültigkeit des Vollstreckungstitels nicht herleiten. Dahingestellt kann bleiben, ob der Drittschuldner, wie in dem Urteile des Reichsgerichts vom 26. Juni 1916 (Gruchots Beitr. Bd. 51 S. 203) angenommen ist, einen derartigen Rechtsbehelf nur mittels eines bei dem Vollstreckungsgericht zu stellenden Antrags (§ 766 ZPO.) geltend machen kann.

Zu den Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung im weiteren Sinne gehört auch der Einwand der Unpfändbarkeit, den die Beklagte dahin erhoben hat, daß der von dem Kläger gepfändete Pflichtteilsanspruch nach § 852 ZPO. der Pfändung nicht unterliege. Nach der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Ansicht ist ein solcher Rechtsbehelf des Drittschuldners als ein gegen die „Art und Weise der Zwangsvollstreckung" gerichteter Einwand, der den Beteiligten nur das Recht gibt, die Aufhebung der an sich gültigen Pfändung zu verlangen, ausschließlich auf dem Wege des § 766 ZPO. durch Erinnerung bei dem Vollstreckungsgericht, das die Unpfändbarkeit von Amts wegen zu beachten hatte, zur Geltung zu bringen. Diese Ansicht ist auch vom Reichsgericht in mehreren Entscheidungen (JW. 1900, 893; 3 1903, 50 19; auch RGEntsch. 54, 309) gebilligt worden, während von einzelnen Schriftstellern, namentlich von Stein (§ 829 ZPO. VII, 2, § 850 I 4 und in der Festschrift für Wach „der Drittschuldner" S. 31 ff.) die Zulässigkeit eines solchen Einwandes in dem gegen den Drittschuldner nach § 841 ZPO. offen stehenden Prozeßverfahren verteidigt wird. In einer neueren Entscheidung vom 21. Juni 1907 (RGEntsch. 66, 233) hat das Reichsgericht, was speziell die Anwendung des § 851 ZPO. betrifft — es handelte sich um die Pfändbarkeit einer von dem Vater seiner Tochter als elterliche Beihülfe versprochenen Rente — sich für die Zulässigkeit eines Einwands des Drittschuldners im Prozeßverfahren ausgesprochen, wenn die Unpfändbarkeit nicht allein auf die prozessuale Bestimmung des § 850 gestützt ist, sondern in dem materiellrechtlichen Schuldverhältnis, in der „eigenen materiellen Rechtsstellung des Schuldners", wie die angeführte Entscheidung sagt, ihren Grund hat (vgl. auch OLG. Bd. 15, 14 und LeipzZ. 1916, 878 Nr. 9). Dieser Auffassung schließt sich der Senat für den vorliegenden Fall der Anwendung des § 852 ZPO. an. Das Pfändungsverbot des § 852 ist nun aber, da materiellrechtlich die Übertragbarkeit des Pflichtteilsanspruch gemäß § 2317 Abs. 2 BGB. in keiner Weise beschränkt ist, im wesentlichen als ein prozessuales anzusehen, wie denn auch die früher in § 1992 Abs. 2 des ersten Entwurfs des BGB. enthaltene Bestimmung später in die Zivilprozeßordnung übernommen ist (vgl. Mot. 5 418, Prot. 5, 526). Wegen

Geltendmachung der auf § 852 ZPO. gestützten Unpfändbarkeit ist die Beklagte demgemäß lediglich auf das Verfahren nach § 766 ZPO. angewiesen. In diesem Verfahren bleibt auch Raum für die Erörterung, ob die Unpfändbarkeit dadurch ausgeschlossen ist, daß in der von J. H. erklärten Abtretung des Pflichtteilsanspruchs ein wirksames Einverständnis mit der Einklagung — so daß der Pflichtteilsanspruch mit seinem Willen rechtshängig geworden ist — zu erblicken ist."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) vom 3. Juni 1918 H. w. S. (KG. zu Berlin). IV. .11/18 Auch in Entsch. 93 Nr. 24 S. 74.

---

59. Streitwert bei einstweiliger Verfügung.

Vgl. 44 Nr. 153; 55 Nr. 103.
ZPO. §§ 8, 940.

„Durch die auf Antrag der Klägerin erlassene einstweilige Verfügung ist der Beklagte verpflichtet worden, gewisse Hausstandssachen der Klägerin herauszugeben. Es handelt sich also um eine einstweilige Verfügung, die gemäß § 940 ZPO. zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis, wer von ihnen zum Besitze der Sachen berechtigt ist, erlassen ist. Für eine derartige einstweilige Verfügung ist der Wert des Streitgegenstandes nicht, wie vom Landgericht geschehen, gemäß § 6 ZPO. nach dem Wert der Sachen zu bemessen, sondern nach dem Interesse der Klägerin an der anzuordnenden Sicherheitsmaßregel (vgl. Gaupp-Stein Bd. I S. 40 Anm. 88 und dortige Zitate). Dieses Interesse ist gemäß § 3 ZPO. nach freiem Ermessen festzusetzen. Hierbei ist neben dem Werte der Sachen die Gefährdung der Interessen der Klägerin in Rücksicht zu ziehen. Unter den gegebenen Umständen erscheint, da Klägerin die Sachen auf 40000 ℳ bewertet und da sie ihre Beiseiteschaffung durch den Beklagten befürchtet, eine Festsetzung des Streitgegenstandes auf 5000 ℳ angemessen."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 23. Nov. 1918. L. L. w. O. L. Bs. Z. VI 91/18. Nö.

---

60. Ablehnung des die Gegenpartei in einer gleichliegenden Sache vertretenden Rechtsanwalts als Schiedsrichter. Verlust des Ablehnungsrechts.

Vgl. 47 Nr. 57 m. N.; 70 Nr. 74; 71 Nr. 102.
ZPO. §§ 1032, 42; 44 Abs. 4.

„Entscheidend ist nicht, ob der abgelehnte Schiedsrichter sich für unbefangen hält; entscheidend ist auch nicht, ob das Gericht zum abgelehnten Schiedsrichter seiner Persönlichkeit nach das Vertrauen hat, daß er das ihm übertragene Amt unparteiisch ausüben wird, entscheidend ist vielmehr, ob vom Standpunkt der den Richter ablehnenden Partei aus vernünftige und ge-

nügende objektive Gründe vorhanden sind, um Mißtrauen gegen den Richter zu hegen. Ob ein solcher Grund zum Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters für die Partei vorliegt, ist unter Erwägung aller Umstände des Falles nach freiem Ermessen zu entscheiden. (Gaupp-Stein, ZPO. § 42 II). Hierbei hat eine bereits bekannte Rechtsauffassung des Richters über bestimmte Rechtsfragen auszuscheiden; eine solche kann niemals ein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters rechtfertigen. Anders verhält es sich aber mit der Verquickung der richterlichen mit der anwaltlichen Tätigkeit. Wenn ein Anwalt, der Parteianwalt einer Partei ist, ein Schiedsrichteramt in einer gleichliegenden Sache dieser selben Partei übernimmt, so darf die Gegenpartei das Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit haben, weil es nun einmal in der menschlichen Natur begründet ist, daß jemand, der einen Streitstoff von dem einseitigen Standpunkt einer Partei wahrnimmt oder wahrgenommen hat, dem gleichen Streitstoff derselben Partei in einer anderen Sache als Richter wahrscheinlich nicht losgelöst von seinem Anwaltsstandpunkt gegenübertreten wird, und diese nach objektivem Maßstab begründete Annahme kann nicht durch subjektive Erwägungen, die auf der Persönlichkeit des Schiedsrichters fußen, ausgeschaltet werden, wenn die ablehnende Partei an dieser Doppelstellung des Schiedsrichters Anstoß nimmt. So aber liegt die Sache hier; Dr. H. hat im Oktober 1917 nach seiner Erklärung ein Mandat als Anwalt in einer gleichartigen Schiedsgerichtssache O. gegen H. & S. für Beklagte auf Anlaß seiner ständigen Klientin E. A. G. & Co. übernommen, die nach seiner Erklärung an jenem Prozeß sachlich meist interessiert war; und anscheinend zu derselben Zeit — die Angaben stimmen nicht ganz überein — jedenfalls im Oktober oder November 1917, hat Dr. H. das Schiedsrichteramt in der vorliegenden Sache übernommen.

Es fragt sich nur noch, ob die Antragstellerin ihr Ablehnungsrecht nicht nach § 44 Abs. 4 ZPO. verloren hat, weil sie sich vor dem Schiedsgericht schriftlich erklärt, auch schriftlich Anträge gestellt hat; dieser Gesichtspunkt wird von Dr. H. geltend gemacht. Die Ablehnung ist am 14. März 1918 erfolgt; am gleichen Tage hat nach Erklärung von Dr. K. er selbst und die Antragstellerin Kenntnis von der Tatsache erhalten, daß Dr. H. in der Schiedsgerichtssache O. w. H. & S. die Beklagte vertritt. Diese Erklärung von Dr. K. genügt dem Gericht als Glaubhaftmachung. Aus der Gegenerklärung von Dr. H. ergibt sich nur, da Dr. S. Anwalt von O. ist, daß auch Dr. K. und durch ihn die Antragstellerin schon früher aus den zugestellten Schriftsätzen i. S. O. w. H. & S. hätte wissen können, daß Dr. H. die Beklagte vertrat, aber nicht, daß er es gewußt hat: übrigens kommt es für die Ablehnung eines Richters resp. Schiedsrichters in erster Linie auf die Kenntnis der Partei vom Ablehnungsgrund an."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 3. Juni 1918. Hamb. Marg.-Fabr. w. H. & S. Bs. Z I. 42/18. Nö.

---

61. Schiedsrichterliches Verfahren; der Eintritt eines Obmanns macht keine erneute Anhörung der Parteien notwendig; Einrede des mangelnden rechtlichen Gehörs.

ZPO. §§ 1034, 1041 Nr. 4.

Die Parteien gerieten über einen zwischen ihnen am 13. Mai 1913 über das Kraftwerk der Beklagten zustande gekommenen Vertrag miteinander in Streit und übertrugen die Entscheidung desselben einem Schiedsgericht. Den von diesem erlassenen Schiedsspruch focht die Klägerin mit der Klage an. In erster und zweiter Instanz wurde auf Aufhebung des Schiedsspruchs erkannt. Die Revision hatte Erfolg. Gründe des Rev.-Urteils:

„Der Berufungsrichter stellt zunächst fest, daß nach Einsetzung des Schiedsgerichts jede der beiden Parteien dem von ihr ernannten Schiedsrichter den Streitstoff unterbreitet hat und daß, da die beiden Schiedsrichter sich untereinander nicht einigen konnten, zur Ernennung eines Obmanns geschritten worden ist, und führt dann weiter aus, das Schiedsgericht sei dann mit der Ladung zu dem vom Obmann zur Besichtigung der streitigen Reserveteile anberaumten Termin zum ersten Male den Parteien gegenübergetreten. Wenn damit hat zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß nach der Ansicht des Berufungsrichters mit dem Hinzutritt eines Obmanns zu dem vorher aus zwei Personen bestehenden Schiedsrichterkollegium ein neues Schiedsgericht und ein neues Schiedsverfahren in Wirksamkeit getreten sei, so würde dem entgegenzutreten sein. Können sich die zunächst bestellten Schiedsrichter nicht einigen und tritt deshalb nachträglich ein Obmann in das Verfahren ein, so ist das weitere Verfahren nicht neu, sondern setzt nur das von den ersten Schiedsrichtern begonnene, aber nicht zum Abschluß gebrachte Verfahren fort. Insbesondere braucht in solchem Falle der Obmann die Parteien, falls sie schon vor den zuerst tätig gewordenen Schiedsrichtern ausreichend zu Gehör gelangt sind, nicht auch seinerseits nochmals zu hören, es bleibt ihm vielmehr überlassen, von dem beiderseitigen Parteivorbringen durch Einsichtnahme in die vorhandenen Parteierklärungen oder durch die ihm von den ersten Schiedsrichtern zuteil werdende Information oder in sonst geeigneter Weise Kenntnis zu nehmen. Wenn nun im vorliegenden Fall der Obmann nach seiner Bestellung einen Termin zur Besichtigung der Reserveteile anberaumte und die Parteien dazu vorlud, so lag darin nicht, wie der Berufungsrichter weiter annimmt, eine Ankündigung an die Parteien, daß der Streitstoff vor der Verkündung des Schiedsspruchs noch einmal zur Verhandlung vor dem Schiedsgericht gebracht und daß zur Verkündung des Spruchs erst nach Beendigung dieser Verhandlung geschritten werden sollte, vielmehr gelangte darin nur der Wille des Schiedsgerichts zum Ausdruck, vor der Abfassung der Verkündung des Spruchs noch eine Besichtigung der streitigen Gegenstände vorzunehmen und den Parteien zur Mitwirkung hierbei Gelegenheit zu bieten. Ob nun diese Besichtigung tatsächlich zur Ausführung gelangte oder ob das Schiedsgericht,

wozu es berechtigt war, von ihrer Ausführung schließlich Abstand nahm, ist für die Frage, ob die Parteien ausreichend zu Gehör gelangt sind, ohne entscheidende Bedeutung. War den Parteien durch Anberaumung des Termins zur Augenscheinnahme ein nochmaliges rechtliches Gehör überhaupt nicht in Aussicht gestellt worden, so war folgerichtig die vom Schiedsgericht nachträglich beliebte Änderung dieses von ihm zuerst in Aussicht gestellten Verfahrens für das rechtliche Gehör der Parteien ohne Bedeutung.

Dazu kommt, daß die Klägerin es auch versäumt hat, darzulegen, mit welcher neuen Behauptung sie nicht zu Gehör gelangt sei. Daß sie in dem früheren Abschnitt des Schiedsverfahrens mit ihrem Vorbringen gehört worden ist, ist von ihr garnicht bestritten und ist vom Berufungsrichter festgestellt. Hiernach wäre es zur Begründung der Klage erforderlich gewesen, zu behaupten und soweit nötig nachzuweisen, daß der Klägerin durch das Verfahren des Schiedsgerichts die Möglichkeit, ihr früheres Vorbringen in bestimmter Richtung zu ergänzen, entzogen worden sei.

Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und, da noch andere Streitpunkte der Erledigung bedürfen, zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz." —

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 12. Nov. 1918. Posener Straßenbahn w. Stadtgem. P. (OLG. Posen). VII. 192/18.

---

62. Der Absonderungsberechtigte ist, soweit es sich um die Veräußerung der seinem Absonderungsrecht unterworfenen Sachen handelt, Beteiligter i. S. des § 82 KO.*; kein Klagerecht des einzelnen Konkursgläubigers auf Schadenersatz gegen den Konk.-Verwalter während des Konk.-Verfahrens.

*Vgl. 71 Nr. 76.

KO. § 82.

Der beklagte Konkursverwalter stellte die Grundstücke des Gemeinschuldners, auf denen eine Darlehnshypothek für den Kläger lastete, freiwillig mittels öffentlicher Versteigerung zum Verkauf, wobei ein Meistgebot von 15020 ℳ erzielt wurde, für das der Beklagte den Zuschlag erteilte. Die Veräußerung erwies sich als unwirksam, weil der die Verhandlung führende Beamte nach dem maßgebenden württembergischen Landesrechte mangels Ablegung einer Dienstprüfung zur Beurkundung eines Grundstücksveräußerungsvertrags nicht fähig war. Die Käufer hielten sich nicht mehr an ihr Gebot und verweigerten die Wiederholung des Kaufvertrags vor einem zuständigen Beamten. Bei der demnächst auf Antrag der Hypothekengläubiger erfolgten Zwangsversteigerung der Grundstücke wurde der Zuschlag für das Meistgebot von 10000 ℳ erteilt. Der Kläger, der seinen hierbei erlittenen Ausfall im Konkursverfahren angemeldet hatte, fiel für seine Hypothek mit

über 5000 M durch. Er klagte auf Feststellung, daß der Beklagte für den Ausfall an der Hypothek hafte, weil er die erste Versteigerung durch eine dazu nicht berechtigte Person habe beurkunden lassen. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Kläger stützt seinen Ersatzanspruch auf §§ 82 KO. Nach § 82 KO. ist der Konk.-Verwalter für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten allen Beteiligten verantwortlich. Der Beklagte war berechtigt, die Grundstücke des Gemeinschuldners mit Ermächtigung der Gläubigerversammlung, wie er getan, durch freiwillige Veräußerung zu verwerten (§ 134 Ziff. 1 KO.). Das Absonderungsrecht gab dem Kläger keine Befugnis, ihr zu widersprechen. Sein Hypothekenrecht wurde durch die Veräußerung nicht berührt, es blieb auf den veräußerten Grundstücken bestehen. In der Regel wird der Konk.-Verwalter Gegenstände, die dem Absonderungsrecht unterliegen, nur verwerten, wenn ein Überschuß über die Forderung des Absonderungsberechtigten für die Masse zu erwarten ist. Andernfalls würde er nur unnütze Mühe und Kosten aufwenden. Schreitet er zur freiwilligen Veräußerung von Grundstücken, die mit einem Absonderungsrecht belastet sind, so kann er an sich den Erlös zur Masse ziehen. Der Erwerber wird jedoch den Preis erst dann zahlen, wenn der Verwalter ihm die Grundstücke frei von fremden Rechten, insbesondere hypothekenfrei verschafft (§ 434 BGB.). Daraus ergibt sich, daß einerseits der Konk.-Verwalter auf Befriedigung der Hypothekengläubiger und Löschung ihrer Rechte bedacht sein wird, anderseits der Gläubiger, wenn auch seine Hypothek unberührt bleibt, ein Interesse daran hat, daß die Veräußerung zu seiner Befriedigung führt. Der Absonderungsberechtigte ist daher jedenfalls, soweit es sich um die Veräußerung der seinem Absonderungsrecht unterworfenen Sachen handelt, Beteiligter i. S. des § 82 KO. Die Frage, ob er ganz allgemein zu den Beteiligten gehört, kann auf sich beruhen. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Konk.-Verwalter, wenn er sich zu einem Handeln entschließe, das in seinem Ermessen liege, dem Absonderungsberechtigten nicht verantwortlich werde, auch wenn er ihn bei dem Handeln schuldhaft schädige, ist in dieser Allgemeinheit nicht zu billigen. Sie steht auch im Widerspruch mit dem in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Grundsatz, daß der Konk.-Verwalter die Rechte der Absonderungsberechtigten zu berücksichtigen habe und sie nicht mißachten dürfe (RG. 33, 118; 42, 87; 69, 92; 74, 109).

Dagegen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint, daß nach Lage des Falles der Beklagte eine Pflicht gegen den Kläger verletzt hat. Bei der großen Spannung zwischen dem Schätzungswert der Grundstücke und dem Gebot der Steigerer hätte er dieses, auch wenn damit der Kläger zum Zug gekommen wäre, unbedenklich zurückweisen können. Wäre aber die Pflichtmäßigkeit der Zurückweisung, obwohl diese die Deckung des Klägers verhinderte, nicht zu beanstanden, so bildete auch ein Formfehler, der die gleiche Wirkung

herbeiführte, noch keine Mißachtung seiner Rechte, daher keine Pflichtverletzung gegen ihn als Absonderungsberechtigten.

Soweit der Kläger als Konk.-Gläubiger (für Zinsen und Ausfall) durch die Versäumnis des Beklagten geschädigt wurde, weil der erhoffte Überschuß aus der unwirksamen Veräußerung entfiel, und die Schuldenmasse sich durch den Hinzutritt der ausgefallenen Forderung des Klägers erhöhte, hat ihm das Berufungsgericht mit Recht die Klageberechtigung während des Konk.-Verfahrens versagt. Die Gesamtheit der Konk.-Gläubiger, d. i. die Konk.-Masse, hat den Schaden erlitten. Nur sie könnte klagen, indem sie den Beklagten seines Amtes als Konk.-Verwalter enthoben und einen anderen zur Erhebung der Klage an seine Stelle setzen würde. Ein verletztes Eigenrecht (Individualrecht) des Klägers kommt nicht in Frage (RGEntsch. 78, 188; 89, 240). Der ordnungsmäßige Gang des Konk.-Verfahrens würde unheilvoll gestört, sein Ziel in schädlicher Weise gehemmt werden, wenn jeder Gläubiger den Konk.-Verwalter wegen irgendeiner die Masse angeblich benachteiligenden Handlung während des Konk.-Verfahrens in Anspruch nehmen dürfte...."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 24. Okt. 1918. S. w. R. (OLG. Stuttgart). VI. 199/18.

I. Bürgerliches Recht.

63. Erfordernis der Bestellung je eines besonderen gesetzlichen Vertreters für mehrere an einem Erbauseinandersetzungsvertrage beteiligte minderjährige Miterben.

Vgl. 63 Nr. 108 m. N.
BGB. § 181.

Am 26. Mai 1910 schlossen die S.schen Erben, darunter die Klägerin, „handelnd für sich selbst und kraft der elterlichen Gewalt", für ihre damals noch minderjährigen vier Kinder „zum Zwecke teilweiser Erbauseinandersetzung" einen notariellen Vertrag, in welchem dem Beklagten verschiedene zum Nachlasse gehörige Grundstücke für den Preis von 40000 ℳ zu Eigentum übertragen wurden. Der Preis wurde unter die Miterben einschl. des Beklagten nach Verhältnis ihrer Erbteile verteilt, und der Beklagte verpflichtete sich, jedem der Miterben den auf ihn entfallenden ziffermäßig berechneten Betrag bei der Auflassung bar zu zahlen. Zur Auflassung kam es nicht. Die Klägerin klagte unter Hinweis auf § 181 BGB. auf Feststellung der Wirkungslosigkeit des Vertrags. Die Klage hatte in 1. und 2. Instanz Erfolg. Das Reichsgericht hob auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Wie das Reichsgericht im Beschlusse vom 9. November 1907, RGEntsch. 67, 71 und im Beschlusse der Vereinigten Zivilsenate vom 13. Mai 1909, Entsch. 71, 162 ausgeführt hat, muß, wenn bei einem Erbauseinandersetzungsvertrage mehrere minderjährige Miterben beteiligt sind, jeder von ihnen nach §§ 181, 1795, 1915 BGB. durch einen besonderen Pfleger vertreten werden. Diese Auffassung liegt auch dem Berufungsurteil zugrunde, und ein Anlaß, davon abzugehen, besteht nicht. Anders würde allerdings die Rechtslage sein, wenn mehrere minderjährige Miterben einem volljährigen Miterben den gesamten Nachlaß übereignen und letzterer sich verpflichtet, jedem der minderjährigen Miterben eine bestimmte Abfindungssumme zu zahlen. In solchem Falle darf ein und derselbe gesetzliche Vertreter den Vertrag namens aller beteiligten Minderjährigen schließen. Denn jeder der letzteren wäre berechtigt, durch einen gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. geschlossenen besonderen Vertrag unabhängig von den anderen seinen Anteil an dem Nachlasse einem Dritten gegen einen bestimmten Preis zu übertragen: die Übertragung des gesamten Nachlasses in einem Ver-

trage stellt sich also lediglich als eine Zusammenfassung mehrerer einzelner von den Kindern mit dem Erwerber getroffener Abkommen dar. Zu vertraglichen Abmachungen zwischen den Kindern selbst kommt es in solchem Falle nicht:

Vgl. Kammergericht bei Johow 40, 1; Seuffert Bl. für Rechtsanwendung 76, 486; Entsch. des bayer. Ob. Landesgerichtes 3, 311; 9, 126; Planck[1] 2 d zu § 181, Staudinger 5/6 4 zu § 181; Komm. v. RGR. 1 zu § 1795; Schneider, Ztschr. des deutschen Notarvereins 11, 658 ff.

Die gleiche Ansicht wird vom bayer. Ob. Landesgericht (Bd. 9, 462 für einen Fall, wie den vorliegenden, vertreten, einen Fall also, in dem dem Erwerber von den übrigen Miterben nur ein einzelner Nachlaßgegenstand gegen Zahlung bestimmter Abfindungsummen an jeden von ihnen übereignet wird. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Denn im Gegensatz zu der Vorschrift des § 2033 Abs. 1 kann ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2.) Die Verfügung muß vielmehr nach § 2040[1] eine gemeinschaftliche sein. Wenn also in einem gemeinschaftlichen Vertrage der Miterben über die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes sich jeder Miterbe von dem Erwerber als Entgelt den auf ihn entfallenden Teil des Gesamtpreises versprechen läßt, so muß einem solchen Vertrage doch eine wenn auch nur stillschweigende Einigung unter den Miterben selbst zugrunde liegen. Denn der Vertrag kann nur zustande kommen, wenn jeder Miterbe damit einverstanden ist, daß das nach § 2041 BGB. wiederum zum Nachlasse gehörende Entgelt an die einzelnen ihren Erbanteilen entsprechend verteilt wird. In mehrere einzelne selbständige Verträge der einzelnen Kinder mit dem Erwerber läßt sich ein solcher Vertrag also nicht zerlegen. Es handelt sich vielmehr um eine Auseinandersetzung zwischen allen Miterben untereinander. Soweit die Erben minderjährig sind, muß daher in diesem Falle jeder der Miterben einen besonderen Pfleger erhalten (vgl. Planck a. a. O., Entsch. des bayer. Ob. Landesgerichts 13, 13). Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß auch in dem Falle, daß die Miterben sich unter sich auseinandersetzen, die Vertretung durch *einen* Pfleger zuzulassen sei, sofern die Teilung im Grunde nur eine rechnerische sei und deshalb von einer Vertragsgegnerschaft nicht die Rede sein könne (Komm. v. RGR. A. 1 zu § 1795), kann nicht gebilligt werden. Teilung bleibt Teilung, ohne Rücksicht darauf, ob sie einfach oder mit Schwierigkeiten verknüpft ist. Eine Teilung setzt aber begrifflich eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten voraus. Das muß also auch von einer rechnerischen Teilung gelten, um so mehr als dabei Ausgleichungspflichten und sonstige Schuldverhältnisse unter den Miterben in Frage kommen können.

Jedenfalls läßt es sich im vorliegenden Falle nicht, wie die Revision meint, beanstanden, wenn das Berufungsgericht im Hinblick auf den In-

halt des Vertrags, insbesondere die Erklärungen im § 2 Abs. 2 des Vertrages annimmt, daß nicht nur ein Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und seinen Miterben, sondern daß zwischen ihnen auch ein Teilungsvertrag über den Erlös geschlossen worden ist. Als Vertraggegner stehen sich demgemäß, wie das Berufungsgericht richtig sagt, nicht etwa nur der Beklagte einerseits und die übrigen Erben anderseits, sondern jeder einzelne Miterbe einerseits und seine Miterben anderseits gegenüber. Die Klägerin hat also im Namen der von ihr gesetzlich vertretenen minderjährigen Kinder mit sich in eigenem Namen und gleichzeitig als Vertreterin jedes der Kinder unter diesen ein Rechtsgeschäft vorgenommen, was nach §§ 181, 1630 Abs. 2, 1795, 1686 BGB. nicht zulässig war.

Denn auch darin ist dem Berufungsgericht beizutreten, daß es sich nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, das ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestand. Zwar hat jeder Miterbe einen Anspruch auf Auseinandersetzung (§ 2042), und der einzelne Miterbe erfüllt somit allerdings eine Verbindlichkeit, wenn er bei der Auseinandersetzung mitwirkt. Die Art, in welcher Weise die Auseinandersetzung zu bewirken ist, ist aber gesetzlich geregelt (§§ 2042 ff.), und deshalb kann man von der ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit nur dann sprechen, wenn die Auseinandersetzung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften, nicht aber wenn sie auf Grund einer davon abweichenden Vereinbarung der Miterben erfolgt. (RGEntsch. 67, 64, Entsch. des bayer. Ob.LGs. 13, 18.) Letzteres ist aber hier geschehen. Denn wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören, können die Miterben zwar Verkauf durch Zwangsversteigerung und Teilung des nach Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden Überschusses verlangen (§§ 753, 2047), nicht aber, wie dies hier geschehen ist, freihändigen Verkauf und Teilung des Erlöses.

Zu einer anderen rechtlichen Beurteilung könnte man nur gelangen, wenn zunächst ein freihändiger Verkauf der Grundstücke rechtsgültig zum Abschlusse gekommen und damit ein rechtlicher Anspruch der Erben auf Zahlung des Kaufpreises erwachsen wäre. Dann könnten unter Umständen die einzelnen Miterben eine teilweise Auseinandersetzung in Ansehung dieser Nachlaßforderung (§ 2041) verlangen, dann nämlich, wenn dadurch den Interessen keines der Beteiligten Eintrag geschähe (JW. 1910, 846[92] und öfter), also, wenn keine Ausgleichungspflicht und kein sonstiges Schuldverhältnis zwischen den Miterben bestünde. In solchem Falle ließe sich annehmen, daß die Verteilung des Erlöses in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt wäre. Die Revision meint, so liege die Sache hier. Dem ist aber nicht beizutreten. Ein rechtsgültiger Vertrag über die Übereignung des Grundstücks war erst geschlossen, nachdem die notarielle Beurkundung des Vertrags beendet (§ 313) und der Vertrag vormundschaftsgerichtlich genehmigt war (§§ 1821 Nr. 1, 1643, 1686 BGB.). Die Teilung des

Erlöses aber war mit dem Kaufvertrage selbst verbunden, also schon vor dem Eintritte seiner Rechtswirksamkeit vereinbart worden. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 3. Okt. 1918. S. w. S. (KG. Berlin). IV. 213/18. Auch in Entsch. 93 Nr. 103 S. 334.

---

64. Befreiung von der Leistungspflicht durch eine Änderung der Verhältnisse, durch welche die Leistung einen anderen wirtschaftlichen Inhalt erhalten würde.

Vgl. 54 Nr. 81; 71 Nr. 107 m. N.; 73 Nr. 154.
BGB. §§ 242. 308. HGB. § 346.

Die Klägerin verkaufte am 12. Mai 1914 der Beklagten 25 t amerikanisches Elektrolytkupfer cif Hamburg, Augustverschiffung von Amerika. Am 20. August 1914 bat die Beklagte, alle Verladungen zurückzuhalten, und im Oktober 1914 einigten sich die Parteien dahin, daß der Kontrakt nach Eintritt geregelter Verhältnisse zur Ausführung gebracht werden solle. Im Mai 1917 erklärte dann aber die Klägerin wegen der in der Zwischenzeit eingetretenen Änderungen der politischen und wirtschaftlichen Lage den Vertrag für aufgehoben. Da die Beklagte die Berechtigung dieses Vorgehens bestritt, erhob die Klägerin Klage mit dem Antrage auf Feststellung, daß sie nicht verpflichtet sei, den Vertrag zu erfüllen. Das OLG. gab der Klage statt. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht geht von der Annahme aus, daß durch das Abkommen vom Oktober 1914 die Klägerin sich nicht verpflichtet habe, unter allen Umständen, komme was da wolle, den Vertrag zu erfüllen, vielmehr nur die Leistung zugesagt habe, sobald die allgemeine Lage es ihr ermögliche, ohne auf das Recht zu verzichten, bei Änderung der Verhältnisse ihre Befreiung von der Verpflichtung geltend zu machen. Das Berufungsgericht stellt dann eine Reihe von Änderungen in den in Betracht kommenden Verhältnissen nach dem Abkommen vom Oktober 1914 fest. Danach hat der Eintritt der Vereinigten Staaten von Nordamerika in den Krieg die Grundlage aller Geschäfte, die, wie das hier fragliche, von dort aus erfüllt werden sollten, vollständig verschoben. Insbesondere sind die in Amerika befindlichen Kupfervorräte der Klägerin verloren, und es ist, da die amerikanische Regierung jeden Handel mit Deutschland und jede deutsche Betätigung in den Vereinigten Staaten verboten hat, auf unabsehbare Zeit jeder weitere Einkauf und damit jede rechtzeitige Eindeckung auf laufende Lieferungsverträge in Kupfer unmöglich gemacht. Ferner steht infolge der Entwicklung, die der Seekrieg seit 1914 genommen hat, nach Annahme des Berufungsgerichts, schon jetzt fest, daß auch nach dem Friedensschluß infolge der großen Schiffsraumnot Frachtraten

gelten werden, deren Höhe beim Vertragschluß auch nicht annähernd in Rücksicht gezogen werden konnte und die, da es sich im vorliegenden Falle um einen Cif-Verkauf handelt, allein der Klägerin zur Last fallen würden. Endlich ist durch die Dauer des Krieges und die Hereinbeziehung Amerikas der Verbrauch an Kupfer gewaltig gestiegen, und damit hat sich die ganze Lage des Kupfermarkts derartig verschoben, daß eine vor dem Kriege übernommene Verpflichtung zur Lieferung von Kupfer dadurch einen anderen Inhalt bekommen hat.

Wegen aller dieser Ereignisse, die sich seit Okt. 1914 zugetragen haben und die von keiner der Parteien vorausgesehen werden konnten, würde nach Annahme des Berufungsgerichts die Lieferung des Kupfers nach dem Eintritt geregelter Verhältnisse einen ganz anderen wirtschaftlichen Inhalt haben, als die Parteien im Okt. 1914 annahmen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts befinden sich in Übereinstimmung mit der feststehenden Rechtsprechung des Senats. (RGEntsch. 93, 341; 94, 45.) Danach ist der Verkäufer, dessen durch den Krieg zunächst unmöglich gewordene Leistung nach Beendigung des Krieges eine ganz andere sein würde, als sie in dem ursprünglichen Vertrage und in einem späteren die Leistung auf die Zeit nach dem Kriege hinausschiebenden Abkommen ausbedungen war, von seiner Verpflichtung zur Leistung auch aus dem späteren Abkommen befreit. Die Leistung ist als eine andere schon dann anzusehen, wenn sie, wie hier festgestellt ist, nach dem Eintritt geregelter Verhältnisse, d. h. nach dem Wegfall der Ereignisse, die zur Zeit des Abkommens vom Okt. 1914 die Lieferung seitens der Klägerin verhinderten, einen ganz anderen wirtschaftlichen Inhalt haben würde, als die Parteien im Okt. 1914 annahmen. Zu der in dem Abkommen vom Okt. 1914 bestimmten Lieferzeit würde danach nur eine Lieferung möglich sein, die nicht mehr eine sinngemäße Erfüllung des Abkommens und des, abgesehen von der Lieferzeit, aufrechterhaltenen Vertrages vom 12. Mai 1914 sein würde. Zu einer solchen Lieferung ist die Klägerin nach § 242 BGB. nicht verpflichtet, da sie, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, durch das Abkommen vom Okt. 1914 sich nicht verpflichtet hat, unter allen Umständen den Vertrag zu erfüllen und namentlich auch dann, wenn die zeitliche Verschiebung eine so wesentliche Erschwerung der Erfüllung ihrer Verpflichtung mit sich bringen würde.

Das Abkommen vom Okt. 1914 ist nicht wegen später, aber noch vor der hinausgeschobenen Leistungszeit eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung vom Berufungsgericht für ungültig erachtet. Das wäre nicht gerechtfertigt gewesen, weil die Unmöglichkeit, amerikanisches Kupfer der Beklagten zu liefern, sehr wohl nach Beendigung des Krieges gehoben werden kann. Das Abkommen vom Okt. 1914 ist vielmehr für gültig

erachtet, so daß die von der Revision gerügte Verletzung des § 308 BGB. nicht vorliegt. Aber durch die nach dem Oktober 1914 eingetretenen, für die Parteien unvoraussehbar gewesenen Ereignisse ist der Klägerin, wie schon zur Zeit der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht feststellbar war, die Leistung zu der in dem Abkommen vorgesehenen späteren Zeit wirtschaftlich so sehr erschwert, daß ihr nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Leistung auch dann nicht zuzumuten ist."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 8. Nov. 1918. J. & Co. w. H. & Sohn. (OLG. Hamburg). II. 192/18.

---

65. Übergang von der konkreten Schadenberechnung zur abstrakten; keine Klageänderung; Zeitpunkt für die Berechnung des abstrakten Schadens, insbesondere, wenn es sich um einen Spezieskauf handelt.*

*Vgl. 73 Nr. 66.

BGB. §§ 275. 279. 326. ZPO. § 268.

Die Klägerin kaufte am 6. Oktober 1914 von dem Beklagten in Riesa lagernde Waren „Abnahme innerhalb 10 Tagen" Zug um Zug gegen Zahlung des Preises. Der Beklagte verkaufte demnächst die Waren anderweit. Die Klägerin schloß am 28. Oktober 1914 einen Deckungskauf ab und klagte ihren konkreten Schaden ein, ging aber dann, da das Deckungsgeschäft rückgängig wurde, zur abstrakten Schadenberechnung über. Der Beklagte rügte Klageänderung, bestritt die Entstehung eines Schadens und wandte ein, daß jedenfalls der Tag des Eintritts der Unmöglichkeit der Lieferung als Stichtag für die Schadenberechnnng zugrunde zu legen sei. Die Einwendungen wurden verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Ist, wie hier, der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen und in einen solchen auf Schadenersatz umgewandelt, so muß der Käufer sich entweder mit dem abstrakten Schaden begnügen oder seinen wirklichen, konkreten Schaden dartun. Die Klägerin hat zunächst das letztere gewählt. Sie hat behauptet, sich am 28. Oktober 1914 ersatzweise bei Schmidt & Co. in Hamburg eingedeckt zu haben; und sie verstieß damit, daß sie mit der Eindeckung bis zu diesem Zeitpunkt wartete, keineswegs, wie das Landgericht meint, gegen Treu und Glauben. Denn sie durfte annehmen, daß die Versuche, den Beklagten auf gütlichem Wege zu einer Ersatzlieferung oder zu einer Schlichtung des Streits durch ein Schiedsgericht zu bewegen, noch Erfolg haben würden; sie brauchte sich deshalb nicht früher einzudecken, als bis endgültig feststand, daß ihre Erwartung nicht eintraf. Sie würde also den am 28. Oktober mit Schmidt & Co. vereinbarten Preis ihrer Schadenberechnung zugrunde legen können, wenn es zur Ausführung dieses Kaufes gekommen wäre.

Das ist aber nicht der Fall, wie sich aus der Aussage des Zeugen B. ergibt. Vielmehr ist das Geschäft storniert worden. Die Klägerin ist infolgedessen im zweiten Rechtsgang zur abstrakten Schadenberechnung übergegangen.

Das war zulässig. Der Käufer kann in jeder Lage des Verfahrens von der ursprünglich gewählten Art der Berechnung abgehen und den Nachweis seines Schadens mittels der anderen Berechnungsart versuchen (Makower, HGB. II. Bd. S. 1191 VII d 1). Da sich hierbei der Klaggrund nicht ändert, ist die Ansicht, in dem Übergang von der einen zur anderen Berechnungsart liege Klagänderung, ohne weiteres von der Hand zu weisen. Ebensowenig ist die Annahme gerechtfertigt, der Klägerin sei überhaupt kein Schaden erwachsen, weil sie den bereits abgeschlossenen Deckungskauf storniert habe. Dieser Umstand schließt die Möglichkeit eines abstrakten Schadens nicht aus (RGKom. § 325 BGB. Anm. 1 Abs. 3 a. E., Warneyer 1908 Nr. 299). Als solchen kann die Klägerin den Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem Marktpreis fordern, ohne daß sie noch weitere Tatsachen zum Nachweis des erlittenen Schadens dartun müßte. Denn es ist als Regel anzunehmen, daß marktgängige Ware auch zu dem Marktpreis verkauft werden kann. Sofern das im einzelnen Fall nicht anzunehmen ist, hat der **Verkäufer** die betreffenden besonderen Umstände nachzuweisen (Staub, HGB. 2. Bd. S. 608 Anm. 60). Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein, weil die Nachfrage nach der gekauften Ware sehr groß war.

Was den Zeitpunkt für die Berechnung des abstrakten Schadens anlangt, so hat grundsätzlich der Käufer die Wahl, ob er den Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs oder des Ablaufs der Nachfrist heranziehen will (RGEntsch. 90, 423). Die von der Klägerin auf den 28. Oktober 1914 abgestellte Schadenberechnung würde also zutreffend sein, wenn eine Anwendung des § 326 BGB. in Frage käme. Das ist aber nicht der Fall. Wie sich aus dem Briefwechsel der Parteien ergibt, hat die Klägerin **diejenigen 2 mal 55 Ballen gekauft**, welche **damals in Riesa lagerten** und die die einzige Ware dieser Art waren, die der Beklagte damals abzugeben hatte. Der Kauf betraf also bestimmte Waren; es handelt sich mithin um einen Spezies- nicht um einen Genuskauf. Daher ist für die Anwendung des § 326 und für die Setzung einer Nachfrist kein Raum. Vielmehr wurde infolge des Weiterverkaufs der Ware seitens des Beklagten die Lieferung an die Klägerin unmöglich, und die Umwandlung des Anspruchs der Klägerin auf Erfüllung in denjenigen auf Schadenersatz trat bereis im Augenblick des Weiterverkaufs ein. In einem solchen Fall kann der Käufer als abstrakten Schaden lediglich den Unterschied zwischen dem vereinbarten und dem

marktgängigen Preis am Erfüllungstage oder, wenn die Unmöglichkeit der Leistung erst während des Verzugs — also nach Ablauf des Erfüllungstages — eintritt, auch noch am Tage des Eintritts der Unmöglichkeit fordern (RGEntsch. 91, 30). Tritt die Unmöglichkeit bereits vor dem Zeitpunkt ein, wo zu erfüllen war, so ist der Zeitpunkt der Erfüllung maßgebend. Denn immer ist es die Nichterfüllung des Verkäufers, die den Schadenersatzanspruch auslöst, und der Käufer soll nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn der Verkäufer ordnungsgemäß, also auch zur richtigen Zeit, erfüllt hätte. Anders ist auch das Urteil des Reichsgerichts Entsch. 91, 30 nicht zu verstehen; danach kann der Käufer, der nach Eintritt des Verzugs dem Verkäufer eine Nachfrist gesetzt hat, bei seiner Schadenberechnung den Marktpreis am Tage des Ablaufs der Nachfrist zugrunde legen; er muß aber schon den früheren Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit der Lieferung zugrunde legen, wenn diese Unmöglichkeit während des Verzugs, also nach dem Erfüllungstage, eintritt. Daraus kann nicht etwa gefolgert werden, daß der Käufer den Tag des Eintritts der Unmöglichkeit auch dann seiner Berechnung zugrunde legen müßte, wenn die Unmöglichkeit bereits vor dem Erfüllungstage eintritt, also noch ehe der Verkäufer in Verzug gekommen ist. Denn die Marktlage kann sich bis zum Erfüllungstage nicht bloß zuungunsten des Verkäufers verschlechtern, sondern auch zu seinen Gunsten verbessern; und da der Schaden dadurch erwächst, daß der Verkäufer nicht am Erfüllungstage erfüllt, so kann auch nur dieser Tag — sofern nicht ein späterer in Frage kommt — der Schadenberechnung zugrunde gelegt werden, niemals aber ein früherer.

Nun hatte die Lieferung im vorliegenden Fall Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises zu erfolgen. Bis zur Abnahme mußte nach Lage der Sache noch eine gewisse Zeit verstreichen. Als angemessener Zeitraum ist die von der Klägerin selbst gesetzte Frist von 10 Tagen zu erachten, wie schon oben dargelegt. Mit der Abnahme vollzog sich beiderseits die Erfüllung des Geschäfts. Also kommt der 17. Oktober 1914 als Erfüllungstag und damit als Stichtag für die Berechnung des den abstrakten Schaden darstellenden Preisunterschieds in Frage."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Zivilsen.) vom 5. Februar 1918 in Sachen B. & Co. w. S. 7 O. 1/17. — e —

---

66. Kein Ersatzanspruch des Staates, der den Angehörigen eines Kriegsteilnehmers Familienunterstützung gewährt hat, an unterhaltspflichtige Verwandte der Unterstützten.

BGB. §§ 677. 812. 1602. Ges. über den Unterst.Wohnsitz § 62.

Der Handlungsgehilfe P. wurde am 24. September 1914 zum Heeresdienst eingezogen. Infolgedessen hat seine Ehefrau für sich und die vier ehe-

lichen Kinder die gesetzliche Familienunterstützung beim Kläger beantragt und bis zum 15. September 1917 mit im ganzen 2168 ℳ ausbezahlt erhalten. Mit letztgenanntem Tage wurde die Unterstützung durch Beschluß der V. Kommission für Familienunterstützung eingestellt, weil sich ergeben habe, daß die Mutter der Frau P., die Beklagte, in der Lage sei, ihre Tochter nebst deren Kindern zu unterhalten oder doch ihre Tochter, die in ihrem Geschäft tätig sei und hierfür nur freie Wohnung und freie Feuerung erhalte, so zu entlohnen, daß sie den Unterhalt für sich und ihre Kinder davon bestreiten könne. Der klagende Staat erklärte, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, Frau P. und deren Kinder zu unterhalten, und müsse jetzt dem Kläger die von ihm für den Unterhalt aufgewendeten Beträge nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag erstatten. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach dem Vortrag des Klägers hat es bereits rein tatsächlich erwiesenermaßen an der Absicht desselben gefehlt, die Geschäfte der Beklagten zu führen. Denn bis September 1916, dem Zeitpunkte, in dem die Familienunterstützung eingestellt wurde, war es dem Kläger unbekannt, daß Frau P. in der Beklagten eine Mutter besitze, die eventuell in der Lage sei, für deren und deren Kinder Unterhalt zu sorgen; er konnte also garnicht die Absicht haben, die Geschäfte der Beklagten zu besorgen. Zudem deckt sich die Verpflichtung des Klägers mit derjenigen der Beklagten in ihren rechtlichen Grundsätzen durchaus nicht. Die Verpflichtung des Klägers setzt ein bei Bedürftigkeit der Angehörigen des Kriegsteilnehmers. Wo die Tatsache des Eintritts des bisherigen Ernährers in den Kriegsdienst die wirtschaftliche Folge hat, den Unterhalt seiner Angehörigen nach Maßgabe ihrer Lebensstellung, wenngleich unter Berücksichtigung der durch den Krieg gebotenen Einschränkung in der Wirtschaftsführung, wesentlich zu beeinträchtigen, da liegt jene Bedürftigkeit vor. Die Familienunterstützung hat zum Ziel, den Hausstand der Krieger tunlichst zu erhalten und ihren Angehörigen einen angemessenen Unterhalt zu gewährleisten. Der Anspruch, den das Gesetz gewährt, beruht auf öffentlichrechtlicher Grundlage, auf der Reichsangehörigkeit, der Erfüllung der Wehrpflicht und der Pflicht des Reichs, die dadurch entstandene Bedürftigkeit als Last des gesamten Kriegswesens zu tragen (Art. 58 Reichsverfassung, zu vgl. Liebrecht Ges. betr. die Unterstützung von Familien in den Dienst eingetretener Mannschaften IV. Aufl. S. 27 f. 85). Nach § 1602 BGB. liegt dagegen die privatrechtliche Verpflichtung, Verwandte in gerader Linie zu unterhalten, erst vor bei nachgewiesenem Unvermögen derselben, sich selbst zu unterhalten.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß der Staat im Falle der Familienunterstützung grundsätzlich nicht die Geschäfte Dritter besorgt,

sondern eine eigene, durch das Gesetz ihm besonders zugewiesene Aufgabe erfüllt.

Auf dem Gebiete der **Armenunterstützung** hat sich freilich ein Grundsatz herausgebildet, der in § 62 Unterst.-Wohns.-Ges. seinen gesetzgeberischen Niederschlag gefunden hat. Von einer auch nur analogen Anwendung dieser Bestimmung einer gesetzlichen Zession aber kann hier wegen der Wesensverschiedenheit der beiden Unterstützungsarten nicht die Rede sein. Mit Recht betonen die Ausführungsbestimmungen in denjenigen Bundesstaaten, wo solche erlassen sind, durchweg die Notwendigkeit, in der Anwendung des Gesetzes den Charakter der Armenunterstützung auszuschalten. Ein wesentlicher Unterschied liegt u. a. gerade darin, daß die armenrechtliche Hilfsbedürftigkeit erst gegeben ist, wenn auch das Vorhandensein unterstützungspflichtiger und -fähiger Verwandten verneint worden ist. Der Staat tritt bei der Armenunterstützung lediglich einstweilen an die Stelle des zivilrechtlich Unterhaltspflichtigen. Für die Organe der Familienunterstützung wird naturgemäß oft die Unterstützung durch unterhaltspflichtige Verwandte, unter Umständen auch schon das Vorhandensein solcher leistungsfähigen Verwandten Grund zum Nichteinschreiten bilden. Es kann aber nicht gesagt werden, daß **grundsätzlich** beim Vorhandensein leistungsfähiger Verwandten für die Familienunterstützung kein Raum sei.

Diesen Gedanken hat das Landgericht im Verfolg der Begründung seiner Entscheidung weiter ausgestaltet, und es ist zu dem Satz gelangt, daß, wo die Bedürftigkeit (i. S. des Familienunterstützungsgesetzes) vorliegt, die Unstützungskraft naher Verwandter auszuscheiden habe. Darin steckt ein richtiger Kern. Aus § 3 Abs. 3 der BRV. vom 21. Januar 1916, auf den sich das Landgericht beruft, geht jedenfalls hervor, daß das **Vorhandensein** unterstützungsfähiger Verwandter nicht schlechthin zu den negativen Voraussetzungen der Familienunterstützung gehört. Für das Verständnis des Gesetzes bieten die in verschiedenen Bundesstaaten gegebenen Richtlinien, die dem Geiste nach übereinstimmen, einen Anhalt. So heißt es in dem Erlaß des Preußischen Ministers des Innern vom 3. Februar 1915 (Liebrecht S. 131):

„Wie auf der einen Seite erwartet werden muß, daß die Angehörigen der Kriegsteilnehmer ihrerseits nach Kräften bemüht sind, jede Ausbeutung der Verpflichtung der Lieferungsverbände zu vermeiden, so muß anderseits von den letzteren niemals aus dem Auge gelassen werden, daß es sich bei Erfüllung ihrer Unterstützungstätigkeit darum handelt, in dem vor dem Feinde stehenden Ernährer seiner Familie oder sonstigen Angehörigen die sichere Zuversicht lebendig zu erhalten, daß während seiner Abwesenheit seine Familie vor jeder Not bewahrt bleibt. **Nicht gerechtfertigt erscheint sonach die Ablehnung einer Unterstützung unter Hinweis auf die Unterhaltspflicht einer anderen nach bürgerlichem Recht in Betracht kommenden, zur Erfüllung dieser Pflicht aber nicht bereiten Person,** oder die Nötigung zum Verbrauch gemachter Ersparnisse usw."

Daß diese Darlegungen dem Geiste des Gesetzes entsprechen, ist nicht zu bezweifeln.

Die Unterstützungskommissionen der Lieferungsverbände bzw. des Einzelstaates befinden über den Antrag auf Familienunterstützung, von den besonderen Befugnissen der Aufsichtsbehörden nach § 7 der BRV. und der Zulässigkeit der Verwaltungsbeschwerde für besondere Fälle abgesehen, nach § 6 des Gesetzes endgültig. Sie sind berechtigt, Auskunft über die Verhältnisse der einzelnen Familien von den Gemeindebehörden zu erfordern, auch die letzteren zu ihren Verhandlungen zuzuziehen. Ihre Entscheidung beruht auf eigenem freien pflichtmäßigen Ermessen. Da, wo sie im Einzelfalle eine Unterstützung gewähren, obwohl objektiv unterhaltsfähige Verwandte vorhanden sind, scheidet in der Tat ihre Beachtung aus. Indem der Staat die „Bedürftigkeit" beseitigt, beseitigt er zugleich denjenigen Zustand, der den Unterhaltsanspruch sonst hätte zur Entstehung gelangen lassen müssen. Die Ersparnis, die danach vorliegenden Falles für die Beklagte eingetreten ist, ist nicht als selbständige Folge der Familienunterstützung eingetreten, sondern beruht unmittelbar auf der Handhabung des Gesetzes durch die Unterstützungskommission. Unter diesen Umständen kann auch keine Rede davon sein, daß die Beklagte auf Kosten des Staates die Befreiung von ihrer Unterhaltspflicht ohne rechtlichen Grund erlangt hätte."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 30. Okt. 1918. Hamb. Staat w. Witwe E. M. Bf. IV. 434/17. Nö.

---

67. Anwendung der Verjährungsvorschriften des Vers.V.Ges. auf Ansprüche aus alten Versicherungsverträgen.

Vers.V.G. § 12 Abs. 1; EG. Vers.V.G. Art. 3. 6.

Der Kläger erhob am 10. Oktober 1917 auf Grund eines im Jahre 1906 mit der Beklagten geschlossenen Versicherungsvertrags Klage auf Ersatz des ihm am 23. Mai 1914 entstandenen Brandschadens, dessen Ersatz die Beklagte mittels Schreibens vom 30. Juli 1917 abgelehnt hatte. Der von der Beklagten auf Grund des § 12 Abs. 1 Vers.V.G. erhobene Verjährungseinwand wurde für durchgreifend erachtet. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Wenn auch der Versicherungsvertrag bereits im Jahre 1906 abgeschlossen worden ist und mithin Ansprüche aus diesem ursprünglichen Vertrage nach dem damaligen Stande der Gesetzgebung der 30jährigen Verjährung unterlagen, so war dieser Vertrag doch nur auf ein Jahr geschlossen und ist dann von Jahr zu Jahr verlängert worden, und zwar, wie der Verlängerungsschein vom 15. November 1913 ergibt, unter den allgemeinen Versicherungsbedingungen. Nach diesen gelten für das Versicherungs-

verhältnis, soweit nichts Abweichendes vereinbart ist, die gesetzlichen Vorschriften. Etwas Abweichendes über die Verjährung ist in den Bedingungen nicht enthalten. Denn der § 15 Nr. 3 regelt nicht die Frage der Verjährung, sondern enthält lediglich eine Ausschlußfrist für die Erhebung der Klage, bei deren Nichteinhaltung der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei werden soll. Diese Frist ist nicht gleichbedeutend mit Verjährung, sondern stellt eine Beschränkung des Rechts selbst dar. (Vgl. Gerhard, Kommentar zum Gesetz über den Versicherungsvertrag § 12 a 7 und die dort zitierte Literatur und Rechtsprechung.) Es entscheiden also über die Frage der Verjährung lediglich die gesetzlichen Vorschriften. Diese sind mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über den privaten Versicherungsvertrag, dem 1. Januar 1910, dahin geändert, daß nach § 12 Abs. 1 eine zweijährige Verjährung Platz greift. Für diejenigen Vertragsverlängerungen, welche seit dem 1. Januar 1910 vereinbart sind, kommt daher das neue Gesetz zur Anwendung. Wenn in ihnen auf die allgemeinen Bedingungen und in diesen auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen ist, so kann dies nicht bedeuten, daß die zur Zeit der ersten Abmachung maßgebenden gesetzlichen Vorschriften weiter gelten sollen, gleichviel ob sie inzwischen abgeändert sind oder nicht. Denn damit ist nicht das zur Zeit des ursprünglichen Vertragschlusses geltende Gesetz zum Gegenstande der verlängerten Verträge gemacht, in welchem Falle es dieses fortdauernd beherrschen würde, sondern es ist lediglich zum Ausdruck gebracht, daß die Geltung des Gesetzes insoweit auszuscheiden habe, als die allgemeinen Bedingungen Abweichendes enthalten. Ganz abgesehen hiervon, ist der Anspruch schon um deswillen verjährt, weil er am 23. Mai 1914, also nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes entstanden ist. Nach Art. 6 des Einf.-Ges. zum Vers.V.G. finden die Vorschriften dieses Gesetzes, welche die Verjährung der Ansprüche aus dem Vertrage betreffen, auf die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstandenen, noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung. Wenn sonach sogar solche Ansprüche, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstanden sind, den neuen Verjährungsvorschriften unterliegen, so gilt das für Ansprüche, die erst nach dem Inkrafttreten entstanden sind, natürlich um so mehr. Es bedurfte dies als selbstverständlich einer ausdrücklichen Hervorhebung im Gesetze nicht (Gerhard, Kommentar zu Art. 6 Einf.-Gesetz). Zu dem gleichen Ergebnis führt endlich auch der Art. 3 des Einf.-Gesetzes. Darnach finden die Vorschriften des Vers.V.Gesetzes Anwendung, wenn ein zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehendes Versicherungsverhältnis nicht nach dem Inkrafttreten für den ersten Termin gekündigt wird, für den beide Teile nach den bisherigen Gesetzen zur Kündigung berechtigt sind. Die Kündigungsfrist betrug hier für beide Teile vor dem Inkrafttreten des Gesetzes einen Monat, und der Vertrag ist nach dem Inkrafttreten nicht gekündigt,

sondern bis zum Schadensfall mehrfach verlängert worden. Auch aus diesem Grunde gilt daher die zweijährige Verjährung.

Unzutreffend ist auch, daß die Verjährung erst beginne, wenn die Ausschlußfrist in Lauf gesetzt sei. Denn nach § 12 Abs. 1 des Gesetzes beginnt die Verjährung mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann. Der Anspruch war daher mit Ablauf des Jahres 1916 verjährt. Die Klage ist erst am 10. Oktober 1917 erhoben. — — —"

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 29. Nov. 1918. E. B. w. die Vaterländ. u. Rhenania. Bf. IV. 161/18. Nö.

---

68. Für den beim Zusammenstoß zweier Kraftwagen entstandenen Personenschaden haften beide Wagenhalter als Gesamtschuldner; Erfordernisse des Entlastungsbeweises des Kraftfahrzeughalters.

KFG. v. 3. Mai 1909 § 7.

Die Klägerin wurde beim Zusammenstoß zweier Kraftfahrzeuge zu Boden geworfen und erlitt Verletzungen. Sie nahm die beiden Beklagten als die Halter der beiden zusammengestoßenen Kraftwagen gesamtschuldnerisch auf Ersatz ihres Schadens in Anspruch. Das Landgericht erklärte den Klageanspruch gegenüber dem Beklagten dem Grunde nach für gerechtfertigt, wies ihn aber gegenüber der Beklagten K. & Sohn ab. Auf die Berufung der Klägerin erklärte das OLG. den Klageanspruch auch gegenüber der Beklagten K. & Sohn dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Revision dieser Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Unfall, der der Klägerin zugestoßen ist, hat sich bei dem Betriebe des Kraftfahrzeuges, dessen Halterin die Beklagte K. & Sohn ist, ebensowohl als bei dem Betriebe des Kraftwagens des Mitbeklagten W. ereignet. Beide Fahrzeuge befanden sich in der Fahrt und bewegten sich durch die treibende Kraft ihrer Maschinen auf der öffentlichen Straße. Diese Bewegung beider Kraftfahrzeuge in den Verkehrsstraßen von B. hat zum Zusammenstoße geführt, und dieser hat die Verletzung der Klägerin herbeigeführt. Für die Frage, ob sich der Unfall im Betriebe des Kraftfahrzeuges der Beklagten ereignete, kommt es auf weiteres nicht an, namentlich nicht darauf, welcher von beiden Kraftwagenführern durch eine letzte bestimmende Betriebshandlung der Urheber des Zusammenstoßes gewesen ist. Die in § 7 KFGes. festgesetzte Haftung des Kraftfahrzeughalters für Schäden an Personen und Sachen ist eine Gefährdungshaftung, nicht eine Schuldhaftung; die Quelle der Gefahren für den Verkehr, die den Ausgangspunkt für die Haftung bildet, ist lediglich die Bewegung des durch maschinelle Kraft mit einer gegenüber anderen Fuhrwerken erhöhten Geschwindigkeit getriebenen Fahrzeuges. Selbst wenn der Unfall sich so

zugetragen hat, wie das landgerichtliche Urteil annahm, daß der Kraftwagen des W. infolge einer unvorsichtigen Leitung durch seinen Führer das Kraftfahrzeug der Beklagten K. erfaßte, beiseite schleuderte und auf die in der Nähe stehende Klägerin warf, wird dadurch der Tatbestand nicht ausgeräumt, daß der Unfall auf den Betrieb auch des Kraftfahrzeugs der Beklagten K. zurückzuführen ist; ebenso wie zwei Eisenbahnunternehmer für einen Unfall als einen Unfall ihres Betriebs nach § 1 RHpflGes. haften, wenn ein fahrender Zug des einen infolge einer Betriebsmaßnahme seines Maschinenführers auf den fahrenden Zug des andern aufgefahren ist, dessen Wagen zum Entgleisen gebracht hat und durch einen der entgleisten Wagen die Beschädigung einer Person herbeigeführt worden ist; denn die Betriebsgefahr beider, die schnelle Fortbewegung auf den Gleisen, die Unmöglichkeit des Ausweichens, hat den Unfall verursacht. Daß das Betriebspersonal des einen, des angefahrenen Eisenbahnzuges keinerlei Verschulden trifft und die entgleisten Wagen lediglich durch die Gewalt des Anstoßes seitens des anderen Zuges aus den Schienen geschleudert wurden, kann nur für die Ausgleichung zwischen den beiden ersatzpflichtigen Unternehmern nach §§ 840, 426 BGB. in Betracht kommen; für das Rechtsgebiet des Kraftfahrzeuggesetzes gilt hierfür dessen § 17; für die Frage, ob ein Unfall im Betriebe der Eisenbahnen oder der Kraftfahrzeuge gegeben sei, ist ein solcher Umstand unerheblich. Deshalb ist auch im vorliegenden Falle ein Unfall beim Betriebe des Kraftfahrzeugs der Beklagten K. schon deshalb gegeben, weil die Bewegung, die maschinelle Kraft und dadurch die Betriebsgefahr beider Fahrzeuge, desjenigen der Beklagten K. und desjenigen des W., für den Unfall der Klägerin mitursächlich geworden ist. — — —

Ist hiernach ein Unfall beim Betriebe des Kraftfahrzeugs der Beklagten K. gegeben, für den sie als die Halterin des Fahrzeugs verantwortlich ist, so kommt weiter in Frage, ob der in Anspruch genommene Halter des Kraftfahrzeugs den Nachweis des § 7 Abs. 2 des KFG. erbringen kann, daß der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht sei. Dieser Entlastungsbeweis setzt zwei Tatbestandsmomente voraus, die zusammenkommen müssen, um eine Befreiung des Kraftfahrzeughalters von der Schadenersatzpflicht herbeizuführen: daß der Unfall auf das Verhalten des Verletzten oder eines bei dem Betriebe nicht beteiligten Dritten oder eines Tieres zurückzuführen ist und daß sowohl der Halter, wie der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beobachtet hat. Ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, daß das Stehenbleiben der Klägerin auf dem Fahrdamm der Straße, um ein Fuhrwerk vorüberfahren zu lassen, als ein solches Verhalten nicht anzusehen sei, kann unerörtert bleiben, jedenfalls hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die Beklagte den Nachweis

nicht erbracht habe, der Wagenführer habe jede nach den Umständen des Falles erforderliche Sorgfalt beobachtet. Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat (RGEntsch. 86, 149; 92, 38, Warn. Rechtspr. 1915 Nr. 294, 1917 Nr. 215), ist darunter nicht die allgemeine Verkehrssorgfalt des § 276 BGB. zu verstehen, sondern eine erhöhte, gesammelte, auch in schwieriger Lage sich bewährende und den Gefahren des Verkehrs im Augenblicke mit Umsicht und Geistesgegenwart begegnende Aufmerksamkeit. Das Berufungsgericht nimmt nun an, daß der Führer des Kraftfahrzeugs der Beklagten günstigsten Falles in dem Bestreben, einem Zusammenstoß mit dem wahrgenommenen Kraftwagen des W. auszuweichen, sein Augenmerk ausschließlich auf diesen gerichtet und dabei die Klägerin übersehen habe. Damit sei aber der Nachweis der Anwendung jeder Sorgfalt im Sinne des Abs. 2 des § 7 des Gesetzes nicht geführt. Gegen diese Erwägungen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 7. Nov. 1918. K. & Sohn w. P. (KG. zu Berlin). VI. 174/18.

---

69. Schuldrechtliches Nutzungsrecht an einem Grundstück als Ausstattung; Versprechen der Ausstattung als Abgeltung für die Lasten der Ehe ist kein Schenkungsversprechen.

Vgl. 62 Nr. 61 m. N.

BGB. §§ 1624. 873. 516.

Der Kläger behauptete, sein Schwiegervater, der Beklagte, habe ihm als Ausstattung für seine Ehefrau außer zwei durch notariellen Vertrag überlassenen und bereits aufgelassenen Grundstücken vor und bei Abschluß des notariellen Vertrags sowie auch später noch den Besitz und die Fruchtziehung des Grundstücks Nr. 3 mündlich zugesagt, ihm dieses Grundstück, das mit den beiden anderen Grundstücken seit der Heirat des Klägers von ihnen gemeinschaftlich bewirtschaftet worden, auch übergeben, sei dann aber wegen Streitigkeiten weggezogen, habe ihm den Besitz entzogen und das Grundstück durch notariellen Vertrag für die Zeit vom 1. April 1913 bis dahin 1919 an einen gewissen M. verpachtet. Kläger verlangt deshalb die Verurteilung des Beklagten, ihm den Besitz und die Fruchtziehung dieses Grundstücks zu verschaffen und ihm sämtliche Ansprüche aus dem Pachtvertrage abzutreten. Der Beklagte bestritt, das behauptete Ausstattungsversprechen abgegeben zu haben, und wandte ein, es handle sich, da die Ausstattung das den Umständen und seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Maß weit übersteigen würde, um ein wegen Formmangels unwirksames Schenkungsversprechen. Der Klage wurde in allen Instanzen stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Keinem Bedenken unterliegt es, daß Gegenstand der Ausstattung auch ein Nutzungsrecht an einem Grundstück sein kann, das nicht auf

einem dinglichen Recht beruht, sondern nur schuldrechtlicher Natur ist und das aus diesem Grunde der in § 873 BGB. vorgeschriebenen Bestellungsform zu seiner Entstehung nicht bedarf. Ein solches Recht nimmt der Kläger mit der Behauptung in Anspruch, daß der Beklagte ihm als Ausstattung für seine jetzige Ehefrau, die Tochter des Beklagten, die Fruchtziehung und den Besitz des Grundstücks Nr. 3 zugesagt habe. Das Nutzungsrecht bestand hiernach darin, daß Kläger berechtigt sein sollte, die Nutzungen des Grundstücks selbst zu ziehen und den hierzu erforderlichen Besitz des Grundstücks auszuüben. Über die Dauer dieser Berechtigung (vgl. § 567 BGB.) und ihren Umfang, insbesondere die Pflicht zur Lastentragung (vgl. §§ 1041, 1047 BGB.) braucht in dem gegenwärtigen Prozesse nicht entschieden zu werden. Der Streit der Parteien dreht sich nur darum, ob das vom Kläger beanspruchte Recht wirksam entstanden ist.

Das Berufungsgericht erklärt das behauptete Ausstattungsversprechen für erwiesen, wogegen prozessuale Angriffe nicht erhoben sind. Es erachtet das Versprechen, obschon es nur mündlich abgegeben ist, auch für rechtswirksam.

Auf die Frage, ob die dem Kläger versprochene Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Beklagten entsprechende Maß übersteigt, in welchem Falle nach § 1624 BGB. die Befreiung von der Schenkungsform des § 518 nicht Platz greift, ist der Vorderrichter nicht eingegangen, weil nach seiner Ansicht die Ausführungen des Beklagten zur Prüfung der Übermäßigkeit nicht ausreichen. Ob dieser von der Revision bekämpften Auffassung beigetreten werden könnte, kann dahingestellt bleiben; denn der Berufungsrichter hält eine Schenkung überhaupt nicht für vorliegend. Die Übermäßigkeit der Ausstattung genügt für sich allein nicht, um eine Schenkung anzunehmen. Hierfür kommt es vielmehr nach der Vorschrift des § 1624 darauf an, ob die allgemeinen Voraussetzungen der Schenkung vorhanden sind. Das wird in dem Berufungsurteil aus zwei Gründen, gegen welche die Revision sich wendet, verneint, einmal aus dem Grunde, weil die gesamte Ausstattung nur gegen eine Zahlung des Klägers von 20000 ℳ versprochen worden sei, und weil das Versprechen von dem Kläger in dem Sinne angenommen sei, daß die Ausstattung nicht eine unentgeltliche Zuwendung, sondern eine Abgeltung für die Lasten der Ehe sein solle, so daß ein gegenseitiger Vertrag vorliege. Diese letztere Begründung trägt die Entscheidung.

Bedenkenfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Kläger zur Eheschließung nur bereit war, wenn ihm durch die versprochene Ausstattung eine die Lasten der Ehe deckende auskömmliche Gegenleistung zuteil wurde. Es entspricht dies durchaus der in bäuerlichen Kreisen herrschenden Anschauung, daß der Ausstattung für die Eheschließung, wenn

die jungen Eheleute ein neues bäuerliches Anwesen begründen, eine solche Bedeutung beigelegt wird. Kläger konnte von vornherein damit rechnen, daß der Beklagte der bäuerlichen Sitte gemäß sich bei Verheiratung seiner Tochter mit einem für seine persönlichen Bedürfnisse ausreichenden Leibgedinge begnügen und den Grundbesitz, da die übrigen Kinder bereits ausgestattet waren, ihr übertragen werde, und ist durch das Versprechen dieser Ausstattung zu der Eheschließung veranlaßt worden. Hat aber Kläger das Versprechen der Ausstattung sich in diesem Sinne geben lassen, so kann, da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, von einer Schenkung und von der Notwendigkeit der Beobachtung der Schenkungsform nicht die Rede sein (vgl. JW. 1908, 71; Komm. v. RGR. Anm. 2 zu § 1624, Neubecker, Die Mitgift S. 225 ff.). Hierzu kommt noch, daß Kläger als Gegengabe gegen das Versprechen der Ausstattung dem Beklagten ein Entgelt von 20000 *M* gewährt hat, welche Zahlung, wie bereits in dem im Vorprozesse ergangenen Revisionsurteile angeführt ist, damit in Zusammenhang steht, daß nach der Sitte der dortigen polnischen Bevölkerung auch der Ehemann eine Mitgift (nach Art der Morgengabe des alten deutschen Rechts) zu leisten hatte. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 7. Okt. 1918. Sz. w. W. (OLG. Posen). IV. 214/18.

---

70. Recht des einzelnen Miterben, die Zwangsversteigerung eines zur ungeteilten Nachlaßmasse gehörenden Grundstücks teilungshalber zu betreiben?* Recht auf Teilauseinandersetzung? Prüfungspflicht des Versteigerungsrichters.

*Vgl. 64 Nr. 120.

BGB. 2042. 2046. 2047. 2032. 2033. 750 ff. ZVG. §§ 180. 181.

Die Klägerinnen und Heinrich W. waren Erben ihres 1908 gestorbenen Vaters und standen als Miteigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft im Grundbuch der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke eingetragen. Heinrich W. geriet in Konkurs. Auf Antrag des Konkursverwalters wurde hinsichtlich der Nachlaßgrundstücke das Zwangsversteigerungsverfahren zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft eingeleitet. Die Kläger widersprachen der Zwangsversteigerung und klagten auf deren Unzulässigkeit.

Das OLG. gab der Klage statt. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„. . . Die Revision verkennt den Standpunkt des Berufungsrichters, wenn sie ihm vorwirft, er wolle dem einzelnen Miterben ein Antragsrecht auf die Versteigerung von Nachlaßgrundstücken erst nach der Verteilung des übrigen Nachlasses zugestehen. Diese in der Rechtsprechung mehrfach vertretene Ansicht (Seuff. Archiv 64 Nr. 120; Rspr. OLG. Bd. 18 S. 330) bildet in Wahrheit nicht die Grundlage der angegriffenen Ent-

scheidung, vielmehr sind die Ausführungen des Berufungsurteils ihrem Zusammenhange nach dahin zu verstehen, daß das Antragsrecht des einzelnen Miterben nur dann verneint werden soll, wenn er lediglich die Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlaßgrundstücks betreiben, im übrigen aber die Erbengemeinschaft fortbestehen lassen will. So verstanden läßt sich der Standpunkt des Berufungsgerichts rechtlich nicht beanstanden.

Zuzugeben ist der Revision, daß für den Vollstreckungsrichter bei der Prüfung des teilungshalber gestellten Versteigerungsantrags die §§ 180, 181 ZVG. maßgebend sind, und daß danach der Antragsteller nur nachzuweisen hat, daß er Erbe des eingetragenen Eigentümers ist, daß also die Prüfung des Antrags sich nicht darauf zu erstrecken hat, ob er sich auch nach den materiellrechtlichen Vorschriften als gerechtfertigt erweist. Daraus folgt aber nur, daß im gegenwärtigen Falle für den Versteigerungsrichter kein Anlaß bestanden hat, den Versteigerungsantrag des Beklagten abzulehnen. Ist der Beklagte nach den Vorschriften des materiellen Rechtes in Wahrheit nicht befugt, die Nachlaßgrundstücke zu dem von ihm verfolgten Zwecke zur Versteigerung zu bringen, und verletzt er daher durch das Betreiben der ZwVersteigerung die Rechte der Miterben des Gemeinschuldners Heinrich Wehlmann, so sind diese unter entsprechender Anwendung der §§ 768, 771 ZPO. berechtigt, der Versteigerung im Klagewege zu widersprechen. Mit Recht ist deshalb der Berufungsrichter in eine Prüfung eingetreten, ob der Beklagte nach der materiellen Rechtslage berechtigt ist, die ZwVersteigerung der Nachlaßgrundstücke zu betreiben. Dem Berufungsrichter ist auch ferner darin beizutreten, daß für diese Frage die Vorschriften des § 2042 BGB. und der darin in Bezug genommenen §§ 750ff. BGB. maßgebend sind, daß insbesondere der Beklagte als der Verwalter im Konkurse des Miterben Heinrich Wehlmann nach § 16 KonkO. nur dieselben Rechte gegenüber dessen Miterben hat, die ohne die Konkurseröffnung der Gemeinschuldner persönlich hätte ausüben können, und daß nur eine rechtsgeschäftliche Beschränkung des Rechtes auf Auseinandersetzung der Konkursmasse gegenüber nach § 16 Abs. 2 KonkO. unwirksam ist.

Nach § 2042 BGB. kann jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen und demgemäß nach § 753 BGB. die Versteigerung der Nachlaßgrundstücke zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft im Wege der ZwVersteigerung betreiben. Die Auseinandersetzung hat sich jedoch regelmäßig auf den ganzen Nachlaß zu erstrecken. Die Erbengemeinschaft besteht in einem Gesamthandverhältnis in Ansehung des ganzen Nachlasses, ein Bruchteilseigentum an den einzelnen Nachlaßgegenständen steht dem einzelnen Miterben nicht zu (§§ 2032, 2033 BGB.). Gegenstand der Auseinandersetzung ist daher grundsätzlich der den Gegenstand der aufzuhebenden Gemeinschaft bildende Gesamtnachlaß. Dementsprechend schreiben die §§ 2046, 2047 für die Durchführung der Auseinandersetzung vor, daß

aus dem Nachlasse zunächst die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen, das zur Berichtigung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten Erforderliche zurückzubehalten ist, und daß der danach verbleibende Überschuß den Erben nach Verhältnis der Erbteile gebührt. Wenn aber hiernach das dem einzelnen Miterben durch § 2042 BGB. beigelegte Recht dahin geht, die Aufhebung der Erbengemeinschaft in Ansehung des Gesamtnachlasses zu betreiben, so kann daraus nicht mit den oben angezogenen Entscheidungen gefolgert werden, daß der Antrag eines Erben auf Versteigerung eines Nachlaßgrundstücks vor erfolgter Aufhebung der Erbengemeinschaft unzulässig wäre. Denn das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen, umfaßt naturgemäß das Recht, die Vornahme derjenigen Maßnahmen zu fordern, die zur Durchführung der Auseinandersetzung notwendig sind. Dazu gehört aber der Umsatz derjenigen Nachlaßgegenstände in Geld, die ihrer Natur nach unteilbar sind oder die zur Deckung von Nachlaßververbindlichkeiten versilbert werden müssen (§§ 753, 2046 Abs. 3 BGB.). Hieraus ergibt sich, daß der einzelne Miterbe vermöge des ihm zustehenden Rechtes, die Auseinandersetzung zu verlangen, auch berechtigt ist, das Verlangen auf Versteigerung der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke zu stellen (§§ 2042 Abs. 2, 753 BGB.). Der Miterbe hat aber nicht lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die übrigen Miterben, ihre Einwilligung zu der ZwVersteigerung zu erteilen, sondern ein unmittelbares Recht, selbständig den Antrag auf ZwVersteigerung zu stellen. Denn § 181 ZVG. bestimmt ausdrücklich, daß zu dem Antrage auf ZwVersteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft ein vollstreckbarer Titel nicht erforderlich ist. . . .

Das aus der Fassung des § 753 BGB. hergeleitete Bedenken (Rspr. OLG. Bd. 18 S. 330), daß danach die Teilung des Erlöses im ZwVVerfahren erfolgen müsse, dies aber bei Vorhandensein weiteren ungeteilten Nachlasses nicht angängig sei, ist nicht begründet. Der § 753 schreibt lediglich vor, daß bei Ausschluß einer Naturalteilung die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und durch Teilung des Erlöses zu erfolgen habe, und bestimmt hinsichtlich der Art des Verkaufs weiter, daß er nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch ZwVersteigerung, zu bewirken sei. Daß auch die Teilung des Erlöses unter die Gemeinschafter innerhalb des VerstVerfahrens erfolgen müsse, ist weder aus § 753 BGB. noch aus den Vorschriften des ZVG. zu entnehmen. Auch wenn auf Betreiben eines Gläubigers im Wege der ZwVollstreckung ein einer ungeteilten Erbengemeinschaft gehörendes Grundstück versteigert wird, hat sich das Kaufgelderverteilungsverfahren auf die Ermittelung des für die Erbengemeinschaft verbleibenden Überschusses des Erlöses zu beschränken und dessen Verteilung dem Erbauseinandersetzungsverfahren zu überlassen. Das gleiche muß daher auch

gelten, wenn ein Nachlaßgrundstück teilungshalber zur ZwVersteigerung gebracht wird. Daß diese Ansicht allein dem Standpunkte des Gesetzes entspricht, ergibt sich auch daraus, daß andernfalls die Versteigerung eines Nachlaßgrundstücks, dessen Erlös zur Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten benötigt wird und dazu nach § 2046 Abs. 3 BGB. vor der Teilung verwendet werden muß (vgl. auch § 755 BGB.), sich als unmöglich erweisen würde, da der Versteigerungsrichter mit der Tilgung der Nachlaßverbindlichkeiten, soweit es sich nicht um eingetragene Rechte handelt, nicht befaßt ist.

Ist hiernach der einzelne Miterbe auch vor durchgeführter Teilung des übrigen Nachlasses berechtigt, die Versteigerung der Nachlaßgrundstücke teilungshalber zu betreiben, so steht ihm diese Befugnis doch immer nur als Ausfluß seines Rechtes auf Auseinandersetzung zu. Nur zwecks deren Herbeiführung darf er daher den Versteigerungsantrag stellen. Daraus folgt, da die Auseinandersetzung grundsätzlich nur in Ansehung des Gesamtnachlasses verlangt werden kann, daß auch das Recht des Miterben, die Versteigerung der Nachlaßgrundstücke teilungshalber zu betreiben, materiellrechtlich dadurch bedingt ist, daß die Versteigerung die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft überhaupt bezweckt, und daß demnach die Versteigerung lediglich zu dem Zwecke, die Nachlaßgrundstücke zu veräußern und ihren Erlös allein zu teilen oder ihn ungeteilt in der fortbestehenden Erbengemeinschaft zu belassen, gegen den Willen der übrigen Erben nicht verlangt werden kann. Nun wird zwar von der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung und im Schrifttum ausnahmsweise auch ein Recht des einzelnen Miterben auf Teilauseinandersetzung anerkannt, dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß ein derartiges Verlangen durch das Vorliegen besonderer Umstände, die eine gänzliche Auseinandersetzung zur Zeit noch nicht möglich erscheinen lassen, als gerechtfertigt dargetan sein muß und daß der teilweisen Auseinandersetzung keine berechtigten Interessen der Miterben entgegenstehen. Die Rüge der Revision, daß das Berufungsurteil eine Feststellung nach der Richtung vermissen lasse, ob im Streitfalle die Aufhebung der Erbengemeinschaft lediglich an den Nachlaßgrundstücken eine Verletzung der Interessen der Miterben enthalte, ist indessen nicht begründet. Irgendwelche Gründe, weshalb die weiteren nach der Feststellung des Berufungsgerichts vorhandenen Nachlaßwerte nicht in die Erbauseinandersetzung einbezogen werden könnten, sind nach dem Vortrage der Parteien nicht ersichtlich. Wenn aber der Beklagte ausnahmsweise ein Recht auf Teilauseinandersetzung in Anspruch nehmen zu können vermeint, so wäre es seine Sache gewesen, die dieses Ausnahmerecht begründenden Umstände darzulegen. Mangels jeglicher hierauf abzielender Anführungen des Beklagten lag zu einer besonderen Erörterung hierüber für das Berufungsgericht kein Anlaß vor.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts würde hiernach rechtlich einwandfrei sein, wenn der Beklagte tatsächlich, wie das Berufungsgericht annimmt, lediglich eine Auseinandersetzung in Ansehung der Nachlaßgrundstücke herbeizuführen beabsichtigt. Diese Annahme ist jedoch durch Rechtsirrtum beeinflußt. Das Berufungsgericht stützt sie ausschließlich darauf, daß der Beklagte keine weitere Auseinandersetzung unter den Miterben angeregt habe. Einer solchen besonderen Anregung oder ausdrücklichen Erklärung, daß er die allgemeine Erbauseinandersetzung verlange, bedurfte es aber durch den Beklagten nicht. Der Umsatz der unteilbaren Nachlaßgegenstände in Geld bildet regelmäßig den ersten Schritt auf Herbeiführung der Auseinandersetzung. Beantragt also ein Miterbe die Zwangsversteigerung des Nachlaßgrundstücks zwecks Aufhebung der Erbengemeinschaft, so kann und wird im Zweifel darin der Ausdruck seines Willens zu finden sein, die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses zu betreiben. Ob im Hinblick auf die obwaltenden Umstände im einzelnen Fall eine andere Beurteilung geboten ist, ist Tatfrage. Derartige, eine abweichende Beurteilung rechtfertigende Umstände sind aber weder vom Berufungsgericht festgestellt worden, noch sonst aus der Sachlage ohne weiteres zu entnehmen (wird ausgeführt).

Ist aber die Annahme des Berufungsrichters hinsichtlich des von dem Beklagten mit den Versteigerungsanträgen verfolgten Zieles mangels einer ausreichendeu, rechtlich einwandfreien Begründung nicht haltbar, so unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 30. Sept. 1918. Sp. u. Gen. w. B. (OLG. Hamm). IV. 222/18.

---

71. Anwendungsgebiet des § 2140 BGB.; kann sich der Erbe des Vorerben auf § 2140 BGB. berufen?

BGB. §§ 2140. 2018.

Der Beklagte wurde als alleiniger Testamentserbe seines im Jahre 1908 gestorbenen Adoptivvaters A. von der Stadt L. und den Verwandten der im Jahre 1900 gestorbenen Ehefrau A. als deren angeblichen Nacherben auf Herausgabe des Nachlasses der Frau A., der bei ihrem Tode ihrem Ehemanne als Vorerben zugefallen war, verklagt. Die Klage der Stadt L. drang durch. Der Rechtsstreit mit den Verwandten der Frau A. wurde im Wege des Vergleichs durch Zahlung von 420000 ℳ erledigt. Demnächst erhoben Seitenverwandte des Ehemanns A. Ansprüche gegen den Beklagten mit der Behauptung, daß sie auf Grund der Verfügungen der Frau A. in dem von den Eheleuten A. errichteten gemeinschaftlichen Testament vom Jahre 1898 zu ¼ Nacherben der Frau A. geworden seien. Der Beklagte machte u. a. unter Berufung auf § 2140 BGB. geltend, er habe in gutem Glauben daran, daß die Stadt L. und die Verwandten

der Frau A. je zur Hälfte als deren Nacherben berufen seien, diesen den ganzen Nachlaß der Frau A. ausgekehrt. Der Einwand wurde vom Ber.-Gericht als durchgreifend angesehen, vom Reichsgericht für unbeachtlich erklärt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„1. Die Vorschrift in § 2140, der das Oberlandesgericht entscheidende Bedeutung beimißt, ist von der Reichstagskommission eingestellt, weil (Bericht der RTKomm. S. 317 der Guttentagschen Ausgabe) sie „im Interesse des Vorerben und im Interesse des Verkehrs geboten" erschien, da der Vorerbe vielfach, namentlich bei bedingten Nacherbeinsetzungen, nicht sofort den Eintritt des Falles der Nacherbfolge erfahre, infolge des § 2139 aber alle Verfügungen über die Erbschaft, die er nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge in Unkenntnis von dem Erlöschen seines Rechts vornehme, unwirksam sein würden. Dem vorzubeugen, sah sich die Kommission um so mehr veranlaßt, als in ähnlichen Fällen ebenso verfahren werde, wie in § 2140 vorgeschrieben sei (vgl. § 1424 Abs. 1, § 1472 Abs. 1 Satz 2, § 1497 Abs. 2, § 1546 Abs. 1 Satz 2, § 1549, ferner §§ 1682 und 1893, auch §§ 674, 729, 169).

Von dem Erben des Vorerben ist in § 2140 ebensowenig die Rede, wie in den angeführten ähnlichen Vorschriften von dem Erben desjenigen gesprochen wird, zu dessen Gunsten sie getroffen sind. Wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, mag es trotzdem sein daß die in § 2140 behandelte Berechtigung des Vorerben auf seinen Erben da übergeht, wo — wie häufig gerade bei bedingten Nacherbeinsetzungen — der Tod des Vorerben nicht mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zusammentrifft, der Eintritt dieses Falles beim Tode des Vorerben vielmehr noch bevorsteht: dann würde eben mit dem Tode des ursprünglichen Vorerben sein Erbe selbst Vorerbe werden. Keinesfalls kann aber von einem Übergange der hier umstrittenen Berechtigung des Vorerben auf den Erben des Vorerben dann gesprochen werden, wenn, wie in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle, zugleich mit dem Tode des Vorerben und gerade durch seinen Tod der Fall der Nacherbfolge eintritt. Denn dann hört die Vorerbenstellung überhaupt auf und fällt die Erbschaft kraft Gesetzes (§ 2139) dem Nacherben an. So aber lag die Sache hier. Mit dem am 5. März 1908 eingetretenen Tode des Mannes hatte die von Frau A. angeordnete Vorerbschaft ihr Ende erreicht und war ihre Erbschaft den Nacherben angefallen, zur Hälfte der Stadtgemeinde L. und je zu einem Viertel ihren eigenen Verwandten sowie den Verwandten des Mannes. In solchen Fällen kann es zwar vorkommen, daß der Erbe des Vorerben zunächst nichts von dem Bestehen einer Vorerbschaft weiß und daß er infolgedessen über Gegenstände, die er im Nachlasse vorfindet, verfügt, ohne Kenntnis davon zu haben, daß sie zu einem Vermögen gehören, das nicht ihm, sondern einem Nach-

erben angefallen ist. Aber auf derartige Verfügungen bezieht sich § 2140 nicht, ihnen gewährt diese Gesetzesvorschrift weder im Innenverhältnisse gegenüber dem Nacherben noch im Verhältnisse nach außen Schutz. Höchstens könnte in solchen Fällen eine entsprechende Anwendung des § 2140 in Frage kommen. Dafür jedoch, daß sie dem Gesetz entspräche, fehlt es an jedem Anhalte. Zudem handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift, die, wie andere Ausnahmevorschriften, nicht ohne zwingenden Grund über ihren klaren Sinn hinaus erstreckt werden darf (vgl. RGEntsch. 87, 124 und 59, 83). Einer entsprechenden Anwendung, wie sie das Oberlandesgericht freilich für selbstverständlich zu halten scheint, wird denn auch in Lehre und Rechtsprechung nirgends das Wort geredet. Das gilt übrigens auch von einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften, denen § 2140 nachgebildet ist, auf den Erben des durch sie Begünstigten. In alledem kann der Revision nur beigepflichtet werden.

2. Allein selbst wenn § 2140 in Fällen der gegebenen Art an sich unmittelbar oder entsprechend anwendbar wäre, so würde im Streitfalle seine Anwendbarkeit dennoch nicht in Frage kommen können. Der Vorerbe soll auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlaßgegenstände in dem gleichen Umfange wie vorher berechtigt sein, bis er von dem Eintritte Kenntnis erlangt oder ihn kennen muß. Davon aber, daß der Ehemann A. in Bezug auf das von der Frau herrührende Vermögen nur Vorerbe war und daß infolgedessen mit seinem Tode Nacherbfolge eingetreten war, hatte der Beklagte, wenn nicht bereits durch die in den Vorprozessen von 1908 und 1909 erlassenen oberlandesgerichtlichen Urteile, so doch jedenfalls durch die dort ergangenen reichsgerichtlichen Urteile vom 16. Oktober 1911 Kenntnis erlangt. Das verkennt er selbst nicht, er macht nur geltend, bis zum Erlasse der in dem Vorprozesse von 1913 ergangenen Urteile des Oberlandesgerichts und des Reichsgerichts sei er der Ansicht gewesen und habe er der Ansicht sein dürfen, daß als Erben der Frau A. außer der Stadtgemeinde L. nur ihre Verwandten, nicht aber auch die Verwandten des Mannes in Betracht kämen. Guten Glauben kann er also bestenfalls nur in bezug auf die Person der Erben der Frau für sich in Anspruch nehmen, und nur darin folgt ihm das OLG., das besonders hervorhebt, seit dem Erlasse der reichsgerichtlichen Urteile vom 16. Oktober 1911 habe sich der Beklagte wenigstens über das Nacherbrecht der Stadtgemeinde L. klar sein müssen. § 2140 stellt aber nur auf die Kenntnis vom „Eintritte" des Falles der Nacherbfolge und nicht auch darauf ab, ob der Vorerbe weiß oder wissen muß, wer die Nacherben sind. Davon abgesehen, hat § 2140 nur solche Verfügungen im Auge, die der bisherige Vorerbe als vermeintlicher Vorerbe kraft des ihm als solchem während der Dauer der Vorerbschaft zustehenden Verwaltungs-

und Verfügungsrechts über Nachlaßgegenstände trifft. Auf die durch § 2130 begründete Verpflichtung, nach Beendigung der Vorerbschaft und Eintritt der Nacherbfolge dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt, bezieht er sich überhaupt nicht. Die Prüfung der Berechtigung desjenigen, der als Nacherbe mit einem Herausgabeanspruch an ihn herantritt, ist Sache des bisherigen Vorerben und geht ebenso auf seine Gefahr, wie das bei dem Erbschaftsbesitzer der Fall ist, von dem jemand als Erbe Herausgabe des aus der Erbschaft Erlangten verlangt (§ 2018), oder bei einem schuldrechtlich Verpflichteten, gegen den ein Gläubiger Ansprüche erhebt. Läuft dem Vorerben bei dieser ihm obliegenden Prüfung ein Irrtum über die Person des Nacherben unter und gibt er in einem solchen Irrtume die Erbschaft jemand heraus, der in Wahrheit nicht oder nicht in dem angenommenen Umfange Nacherbe ist, so kann er sich dem wahren Nacherben gegenüber auf § 2140 niemals berufen. Wenn daher der Beklagte auf Grund des im Vorprozesse von 1909 ergangenenen reichsgerichtlichen Urteils auch „wirklich und ohne Verschulden" zu der Meinung gekommen sein sollte, die Frauenverwandten hätten unter Ausschluß der Mannesverwandten eine volle Hälfte des Frauenvermögens zu beanspruchen, so würde das immer noch nicht zur Anwendung des § 2140 führen. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 27. Juni 1918. B. u. A. w. A (OLG. Dresden). IV. 103/18.

---

72. Umfang der dem Erben nach § 2314 BGB. obliegenden Auskunftspflicht hinsichtlich eines zum Nachlaß gehörigen Geschäfts; Berücksichtigung des Geschäfts- (Firmen-) Wertes.

BGB. § 2314.

Auf die Klage der Klägerin, die als pflichtteilsberechtigte Nichterbin ihres am 2. Oktober 1916 verstorbenen Mannes, des Fabrikbesitzers F. Burgmann, vom Beklagten als dessen Alleinerben Auskunft über den Nachlaß und besonders über das dazu gehörige Fabrikgeschäft verlangte, wurde der Beklagte vom OLG. verurteilt, der Klägerin die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen des Hauptgeschäfts und der Zweiggeschäfte über die Geschäftsjahre 1912 bis 1915 sowie die Gewinn- und Verlustrechnung dieser Geschäftsstellen für den Zeitraum vom 1. Januar bis 2. Oktober 1916 zur Einsicht vorzulegen und sie Abschriften davon entnehmen zu lassen. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht faßt den Klagantrag in seinem zuerkannten Umfange nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin dahin auf, daß die

Klägerin die Vorlegung der Unterlagen erstrebt, die es ihr ermöglichen sollen, den Wert des Geschäfts ihres Mannes zur Zeit des Erbfalls zu ermitteln und die aus den ihr bereits erteilten, mit dem Tode des Erblassers abschließenden Bilanzen von 1916 sich ergebende Bewertung nachzuprüfen.

Danach hält sich der Klagantrag durchaus im Rahmen des § 2314 BGB. Denn die der nicht erbberechtigten Klägerin als Pflichtteilsberechtigten zu erteilende Auskunft über den Bestand des Nachlasses soll die einzelnen Gegenstände und deren Wert derart offenlegen, daß daraufhin die Berechnung des Pflichtteils vorgenommen und nachgeprüft werden kann. Daß eine solche Auskunft im Sinne des § 2314 BGB. auch in der Form einer auf den Todestag des Erblassers abgeschlossenen Geschäftsbilanz erteilt werden kann, ist rechtlich nicht zu bezweifeln. Sie wird in der Regel auch dann genügen können, wenn in der Bilanz der Bestand und Wert des Geschäftsvermögens übersehbar offengelegt erscheint und das Verhältnis der Aktiva und Passiva zueinander nach dem wirklichen Werte der einzelnen Posten zur Zeit des Erbfalls abschließend dargestellt ist.

So liegt hier aber die Sache nicht. Denn die der Klägerin erteilten Bilanzen über die Zeit vom 1. Januar bis 2. Oktober 1916 sind unter dem hier maßgeblichen Gesichtspunkt zwecks Liquidierung des Pflichtteils überhaupt nicht aufgestellt. So geben sie über den Geschäftswert des vom Erblasser als dauernde Erwerbsquelle betriebenen Unternehmens (welchen Wert das Berufungsgericht als sogenannten Firmenwert bezeichnet), nicht den mindesten Aufschluß, auch nicht einmal mittelbar einen Anhalt zu einer Bewertung dieses selbständig bewertungsfähigen ideellen Geschäftsguts, zumal in den Bilanzen, wie das Berufungsgericht feststellt, eine Reihe von Aktivposten weit unter dem wahren Werte eingesetzt und die durch Abschreibungen gewonnenen stillen Reserven nicht zu ersehen sind.

Daß aber das Unternehmen des Erblassers auch unter den durch die Kriegswirtschaft im Zeitpunkte des Erbfalls am 2. Oktober 1916 veränderten Betriebsverhältnissen einen selbständigen, auf Kundschaft, Ruf seiner Erzeugnisse usw. beruhenden Geschäftswert besessen hat, kann nach den Ausführungen des Berufungsgerichts von der Revision mit Erfolg nicht bezweifelt werden. Geben somit die der Klägerin erteilten Bilanzen über den ebenfalls als Nachlaßgegenstand bei der Bewertung des Pflichtteils zu berücksichtigenden Geschäftswert des hinterlassenen Unternehmens überhaupt keine Auskunft im Sinne des § 2314 BGB., so ist die Klägerin nach dieser Vorschrift auch berechtigt, ihr Auskunftverlangen auf Vorlegung der zum Nachweise dieses Geschäftswertes neben den für sich allein belanglosen Bilanzen noch weiter benötigten Unterlagen auszudehnen. Wenn das Berufungsgericht hiernach zu der schließlichen Feststellung gelangt, daß

die Klägerin, um sich ein Urteil über das Vorhandensein und die Höhe dieses Firmenwertes bilden zu können, außer den bereits vorgelegten Bilanzen als zweckdienliche Unterlagen im Sinne des § 2314 BGB. noch der voraufgegangenen Jahresbilanzen und der hierzu gehörigen Gewinn- und Verlustrechnungen, einschließlich derjenigen für die Zeit vom 1. Januar bis 2. Oktober 1916, bedarf, so beruht diese Beurteilung der weiter zur Auskunft über diesen Nachlaßbestand erforderlichen Urkunden auf einer wesentlich tatsächlichen Würdigung des Geschäftsunternehmens des Erblassers, bei der das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum nach seiner Überzeugung auch auf die letzten, vor Kriegsausbruch liegenden Jahre der Friedenswirtschaft entscheidendes Gewicht legen durfte. Hierbei hat das Berufungsgericht in keiner Weise den Zweck und die Grenzen der nach § 2314 BGB. der Klägerin zu erteilenden Auskunft rechtlich verkannt; soweit aber die getroffene Feststellung auf Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse beruht, ist diese vom Revisionsgericht nicht nachzuprüfen. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 30. Sept. 1918. B. w. B. (OLG. Dresden). IV. 228/18.

---

73. Ist der Kommanditist Kaufmann?* Kann die Kommanditgesellschaft die Zahlung der Dividende davon abhängig machen, daß der Kommanditist die Bilanz anerkennt? Bildet die Zulässigkeit einer Feststellungsklage einen fälligen Anspruch, wegen dessen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann?

*Vgl. 62 Nr. 18.

HGB. §§ 1. 161; HGB. §§ 41. 166; BGB. § 273; ZPO. § 256.

Die Klägerin klagte als Kommanditistin der beklagten Gesellschaft auf Auszahlung ihres Anteils am Geschäftsgewinn. Die Beklagte machte ein Zurückbehaltungsrecht geltend, bis die Klägerin die Bilanz anerkannt und den persönlich haftenden Gesellschaftern Entlastung erteilt haben würde. Der Einwand wurde für unbeachtlich erklärt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„I. Mit zutreffender Begründung hat das Landgericht unter Bezugnahme auf die §§ 41, 166 HGB. ein Recht der Beklagten verneint, von der Klägerin die Anerkennung der Richtigkeit der Bilanz und die Entlastung der persönlich haftenden Gesellschafter zu verlangen. Beim Mangel eines solchen Anspruchs kann die Beklagte daher auch nicht aus diesem Grunde die Zahlung der Dividende für 1916 zurückhalten. Ob der Beklagten das Recht zusteht, wegen des Bestreitens der Richtigkeit der Bilanz seitens der Klägerin und der damit im Hintergrunde drohenden Anfechtungsmöglichkeit (vergl. Staub-Bondi HGB. 1, 239 § 41 1,) eine negative Feststellungsklage zu erheben, kann dahingestellt bleiben. Denn auch

wenn eine solche Klage für zulässig erachtet werden könnte, würde dies doch nicht der Beklagten das Recht geben, deshalb ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben.

Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. — § 369 HGB. kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Klägerin, wie unten unter II dargelegt wird, nicht die Kaufmannseigenschaft besitzt — ist eine Einrede. Es ist daher nur gegen Ansprüche gerichtet (Planck, Komm. zu BGB. 2. Band S. 167 7). Ein Anspruch im Sinne des bürgerlichen Rechts wird aber mit der negativen Feststellungsklage nicht geltend gemacht (vgl. Stein ZPO., 1, 607 und die Zitate in Note 11). Diese Klage ist lediglich ein prozessuales Rechtsschutzmittel, durch das weder ein besonderes materielles Recht auf Feststellung gegen den Gegner noch ein Anspruch an diesen auf Anerkennung des Nichtbestehens seines vermeintlichen Rechts geschaffen wird.

Ihre prozessuale Zulässigkeit allein bildet also noch keinen fälligen Anspruch im Sinne des § 273 BGB. Ein materieller Anspruch aber steht der Beklagten nicht zu. Denn da sie keinen solchen gegen die Klägerin auf Anerkennung der Bilanz hat, ist deren Widerspruch dagegen unbeachtlich und der Beklagten kein materieller Anspruch auf Beseitigung dieses Widerspruchs gegeben. Damit entfällt die Berechtigung der Beklagten zur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts.

II. Die Klägerin hat nicht zu behaupten vermocht, daß sie — abgesehen von ihrer Stellung als Komanditistin — die Kaufmannseigenschaft besitze. Als Kommanditistin aber ist sie nicht Kaufmann. Wenn auch das Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betrieben wird, so ist doch als Kaufmann nur der zu betrachten, der seine volle Rechtspersönlichkeit einsetzt. Als Kommanditist aber wagt er nur ein bestimmtes Kapital, beteiligt sich mit ihm bei einer Handelsgesellschaft, ist aber kein Unternehmer eines Handelsgeschäfts (vergl. Staub-Bondi HGB. 1, 30 Anm. 18 und die dort weiter angeführten Schriftsteller). Das Landgericht hat daher der Klägerin mit Recht nur Zinsen zu 4 % zugebilligt, und die Berufung der Klägerin war insoweit unbegründet."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Zivilsen.) vom 7. Juni 1918 in Sachen Fl. w. Vereinigte H.G. 7. O. 63/18. — e —

---

74. Die Kenntnis des Verkäufers von der Absicht des Käufers, die Ware sofort an einen Abkäufer weiterzusenden, begründet keine Änderung des Untersuchungsortes.

HGB. § 377.

Die Klägerin lieferte an die Beklagte am 20. September 5300 Paar und am 29. September 5738 Paar Hufeisen. Die Beklagte, die die Ware

ohne Untersuchung nach Flensburg weitergesandt hatte, erhob gegenüber der ersten Lieferung am 28. September, gegenüber der zweiten am 11. Oktober 1915 Mängelrüge. Mit der Klage beanspruchte die Klägerin den Rechnungsbetrag. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Kaufware wegen verspäteter Mängelanzeige als genehmigt gelte (§ 377 Abs. 1 und 2 HGB.), ist nicht zu beanstanden. Daß die Mängelanzeigen der Beklagten, die auf die klägerischen Lieferungen vom 21. Sept. und 2. Okt. 1915 auf Grund der Untersuchungen in Flensburg — dem Wohnsitze des Abkäufers der Beklagten — am 28. Sept. und 11. Okt. 1915 erfolgten, dann verspätete waren, wenn die Beklagte die Untersuchung in ihrem Wohnsitze Annaberg als dem Ablieferungsorte vorzunehmen hatte, bestreitet die Beklagte nicht. Sie behauptet jedoch, daß in Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen die Verlegung der Untersuchung nach Flensburg dem Willen der Parteien entsprochen habe, weil die Klägerin von der Absicht der Beklagten, die Kaufware ohne Bearbeitung sofort nach ihrer Ankunft in Annaberg an ihren Abkäufer nach Flensburg weiterzusenden, Kenntnis gehabt habe. Nun ist aber anerkannten Rechtens, daß die Kenntnis einer derartigen Absicht des Käufers, die Ware sofort an seinen Abkäufer weiterzusenden, für sich allein regelmäßig nicht ausreicht, um eine stillschweigende Vereinbarung über die Verlegung des Untersuchungsorts, insbesondere das Einverständnis des Verkäufers mit einer solchen Verlegung zu rechtfertigen. (Düringer H. R. III S. 294; Staub das. zu § 377 Anm. 20; R. O. H. G. 15 S. 127; 24 S. 259.) Es bedarf vielmehr der Darlegung besonderer Umstände, um die Annahme begründet erscheinen zu lassen, daß der Verkäufer unter Aufgabe seines Rechtes auf sofortige Untersuchung und auf sofortige Klarstellung der Frage, ob der Käufer die Ware als vertragmäßige annehme, mit der Hinausschiebung der Untersuchung bis zur Ankunft der Ware bei dem Abkäufer seines Käufers einverstanden sei. Solche besondere Umstände liegen, wie das Berufungsgericht einwandfrei dargelegt hat, im vorliegenden Falle nicht vor. Das erforderliche Einverständnis der Klägerin mit der Verlegung des Untersuchungsorts kann um so weniger angenommen werden, als ihr der Name des Abkäufers der Beklagten geflissentlich nicht genannt wurde. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Oktober 1918. Z. w. B. (OLG. Dresden). III. 227/18.

II. Verfahren.

75. Der Pfändungsgläubiger, der den Klageanspruch wegen Nichtbestehens der gepfändeten Forderung fallen läßt, hat die Kosten zu tragen, auch wenn der Beklagte die Klageerhebung veranlaßt hat.

Vgl. 63 Nr. 263 m. N.; 67 Nr. 117.
ZPO. §§ 91. 93. 271. 840.

Klägerin, die eine Gehalts- und Provisionsforderung ihres Schuldners W. gegen die Beklagte gepfändet und überwiesen erhalten hatte, klagte auf Zahlung einer größeren Summe, verzichtete dann aber, nachdem W. bekundet hatte, daß er keine Ansprüche gegen die Beklagte habe, auf ihre Rechte aus der Pfändung und beantragte nur noch, die Beklagte in die Kosten zu verurteilen. Landgericht und OLG. legte der Klägerin die Kosten auf. Aus den Gründen des Beschwerdebeschlusses: „Mag vielleicht auch ein wirksamer Verzicht auf den Klaganspruch nicht vorliegen — vgl. § 843 ZPO. —, so ist doch jedenfalls die Klage zurückgenommen, und dies nicht etwa, weil der Streit in der Hauptsache sich erledigt hätte, sondern nur weil die Klägerin ihn nicht fortsetzen wollte. Das aber verpflichtet die Klägerin nach § 271 ZPO. zur Kostentragung. Bei Annahme eines Verzichts auf den Klaganspruch liegt die Sache nicht anders.

Klägerin meint, weil die Beklagte ihr vor Klagerhebung die nach § 840 ZPO. schuldige Aufklärung darüber, inwieweit sie Zahlung zu leisten bereit sei, nicht in genügendem Umfange gegeben habe, trage sie die Schuld, daß die Klage erhoben sei. Das kommt aber für die Kostenentscheidung nicht in Betracht; hierfür ist grundsätzlich nur das Unterliegen im Rechtsstreite maßgebend, und der Umstand, daß eine Partei, ohne sachlich im Unrechte zu sein, durch ihr Verhalten die Anstrengung der Klage veranlaßt hat, kann nur zu einem Schadenersatzanspruche führen. Zudem ist aber auch nicht einzusehen, warum Klägerin, wenn Beklagte ihr eine schuldige Aufklärung nicht gegeben haben sollte, nicht auf diese Aufklärung, sondern, fußend auf unsicheren Anhaltspunkten, sogleich auf Zahlung der höchstens schuldigen Summe geklagt hat. Vielleicht hat Klägerin eine entsprechende Anwendung des § 93 ZPO. im Auge, der allerdings von dem sogenannten Succumbenzprinzip der ZPO. für den Fall eine Ausnahme macht, daß die unterliegende Beklagte sofort — d. i. im ersten Termin — anerkennt und vorher keinen Anlaß zur Klagerhebung gegeben hat. Der unterliegende Teil darf sich also auch da niemals, insbesondere nicht im Rechtsstreite sachlich ins Unrecht gesetzt haben. Damit ist aber der Fall nicht zu vergleichen, daß jemand eine unbegründete Klage selbst erhebt, also von vornherein im Prozesse als der sachlich

Unberechtigte auftritt und zudem nicht einmal sofort nach dem Bestreiten des Gegners, sondern erst nach Beweiserhebung sein Unrecht bekennt."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 7. Nov. 1918. Landgem. H. w. L. & Co. Bs. Z. VI. 75/18. Nö.

76. Zwischenurteil nach § 275 oder nach § 303 ZPO., wenn die Klage nicht dem richtigen gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Partei zugestellt worden ist?* Unrichtige Klagezustellung genügt nicht zur Wahrung einer Ausschlußfrist, wenn erst nach deren Ablauf der Mangel geheilt wird. Vertretung des bayer. Militärfiskus durch das Militärfiskalat?**

*Vgl. 73 Nr. 229 m. N.; auch 74 Nr. 19. **Vgl. 73 Nr. 197 m. N.
ZPO. §§ 275. 303. 171.

Der Kläger erhob Klage „gegen den bayerischen Militärfiskus, vertreten durch das Militärfiskalat in München", auf Erhöhung der zu zahlenden Entschädigung für enteignete Grundstücke. Die Klage wurde dem Militärfiskalat am 12. Oktober 1917 zugestellt. Der beklagte Militärfiskus beantragte Abweisung der Klage auf Grund der prozeßhindernden Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung, da gesetzlicher Vertreter des Militärfiskus nur das Kriegsministerium sei und nur diesem deshalb die Klage rechtswirksam zugestellt werden könne. Der Kläger machte demgegenüber geltend, daß der Militärfiskus im Zwangsenteignungsverfahren durch das Militärfiskalat vertreten gewesen sei und der vorliegende Rechtsstreit als Fortsetzung dieses Verfahrens erachtet werden müsse; er ließ aber demnächst vorsorglich dem Kriegsminister eine Abschrift der Klage zustellen. Das Landgericht verwarf die prozeßhindernde Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung durch Zwischenurteil, das OLG. wies unter Aufhebung des Zwischenurteils die Klage ab.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils: „Die Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung lag nicht vor; denn der Beklagte hat seinen Antrag auf Abweisung der Klage darauf gestützt, daß die Klage nicht dem richtigen gesetzlichen Vertreter des Militärfiskus zugestellt worden sei; er bestreitet also die Richtigkeit und Wirksamkeit der Zustellung, während die Einrede des § 274 Abs. I Nr. 7 ZPO. nur vorliegt, wenn einer Partei die gesetzliche Vertretung mangelt, wenn sie keinen gesetzlichen Vertreter hat. Geltend gemacht ist also vom Beklagten, daß es an einer *anderen* Prozeßvoraussetzung mangele, nämlich an der ordnungsmäßigen Zustellung, also der dem Gesetz (§ 253 ZPO.) entsprechenden Erhebung der Klage, ein Mangel, der, wenn er wirklich vorliegt, zwar keine prozeßhindernde Einrede nach § 274 ZPO. begründet, aber trotzdem zur Abweisung der

Klage wegen Fehlens einer sonstigen Prozeßvoraussetzung führen muß (RG. bei Gruchot 50, 1061; Gaupp-Stein Bem. IV zu § 171 ZPO. Note 21.)

Das angefochtene Urteil, welches das (selbständige) Verteidigungsmittel des Beklagten (Mangel der Prozeßvoraussetzung richtiger Klageerhebung) als unbegründet erklärt hat, ist also in Wahrheit kein Zwischenurteil nach § 275 Abs. II, sondern ein solches nach § 303 ZPO. Zwischenurteile dieser Art unterliegen an sich nicht der Berufung; für die Zulässigkeit des Rechtsmittels genügt es aber, wenn das Gericht das Urteil als Zwischenurteil nach § 275 Abs. II hat erlassen wollen, wenn auch tatsächlich ein solches nach § 303 ZPO. vorliegt. In solchen Fällen hat die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht nur dann zu erfolgen, wenn dies nach den obwaltenden Umständen geboten ist; das Berufungsgericht ist aber auch berechtigt, an Stelle des unrichtigen Urteils das richtige zu setzen (Gaupp-Stein a. a. O. Bd. II S. 4 ff. und die dort in Note 34 erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts; ferner RGEntsch. 60, 317; 72, 222; JW. 1906, 26[27]; was hier vom Verhältnis des § 303 zu § 304 ZPO. gesagt wird, muß auch für das Verhältnis des § 303 zu § 275 Abs. II ZPO. gelten). Das Rechtsmittel ist auch begründet.

Dem Kläger ist zuzugeben, daß die falsche Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters im Rubrum der Klage lediglich einen durch nachträgliche Richtigstellung jederzeit heilbaren Mangel darstellt (RG. in Bayer. Rpfl.Z. 1909 S. 23). Wesentlich anders zu beurteilen ist es dagegen, wenn eine Klage nicht dem richtigen gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen Person zugestellt worden ist. Nach ZPO. § 171 erfolgen die an eine Partei zu bewirkenden Zustellungen für nicht prozeßfähige Personen an deren gesetzliche Vertreter. Nichtbeachtung dieser Vorschrift, insbesondere Zustellung an einen unrichtigen gesetzlichen Vertreter, macht die Zustellung ungültig (Gaupp-Stein, a. a. O. Bem. IV zu § 171; Seuffert, Komm. z. ZPO. Bem. 4 zu § 171). Die Ungültigkeit einer solchen Zustellung kann nachträglich geheilt werden durch Verzicht des Beklagten auf das Recht, die Verletzung zu rügen, und durch die Ausschließung dieses Rechts nach § 295 Abs. 1. Wird die Ungültigkeit nicht geheilt, so ist die Klage (durch Prozeßurteil, absolutio ab instantia) zurückzuweisen (Seuff. a. a. O. Bem. 6 zu § 253).

Daß gesetzlicher Vertreter des bayerischen Militärfiskus nicht das Militärfiskalat, sondern das bayerische Kriegsministerium ist, steht außer Zweifel (vgl. Erhard in Bayer. Rpfl.Z. 1912 S. 82, Schneider ebenda 1915 S. 346, Entsch. des bayer. Verw.-Gerichtshofs 23, 125 ff., insbes. 129 letzter Absatz, 130 vorletzter Absatz). Das Gegenteil kann insbesondere nicht aus den „Bestimmungen über den Dienstbereich und die Gliederung des Kriegsministeriums“ vom 25. Oktober 1911 (VO.-Bl. des Kgl. Bayer. Kriegsmin. 1911 S. 515 ff.) geschlossen werden. Denn wenn im letzten

Absatz dieser Bestimmungen (a. a. O. S. 533) als Aufgabe des Militärfiskalats bezeichnet wird: „prozessuale Vertretung des Militärärars in allen Rechtsangelegenheiten bei den Gerichten und den sonstigen staatlichen öffentlichen Behörden", so ist damit lediglich eine innere Vorschrift über die Art der Verteilung der Dienstgeschäfte unter die einzelnen Abteilungen des Kriegsministeriums gegeben, die für die Frage der gesetzlichen Vertretung (Dritten gegenüber) ohne Wirkung ist. Wie der Beklagte glaubhaft dargelegt hat, bleibt die Entschließung darüber, ob ein Rechtsstreit zu führen oder aufzunehmen ist, stets dem Kriegsministerium selbst vorbehalten; daher kann das Militärfiskalat auch als Bevollmächtigter des Kriegsministeriums (als des gesetzlichen Vertreters des Militärfiskus) erst von dem Zeitpunkt ab betrachtet werden, in welchem ihm die Ermächtigung zur Führung oder Aufnahme eines Rechtsstreits zugegangen ist. Im vorliegenden Falle ist die Ermächtigung zur Aufnahme des Rechtsstreits dem Militärfiskalat erst durch Erlaß vom 26. Oktober 1917, also nach Zustellung der Klage (12. Oktober 1917) erteilt worden.

Die Behauptung des Klägers, der vorliegende Rechtsstreit sei nur eine Fortsetzung des Enteignungsverfahrens, das Militärfiskalat, das mit der Vertretung des Fiskus im Administrativverfahren betraut gewesen sei, habe daher schon aus diesem Grunde auch als Vertreter des Fiskus im Rechtsstreite zu gelten, ist offensichtlich unzutreffend.

Ob der Mangel unrichtiger Zustellung der Klage durch nachträgliche richtige Zustellung der Klage geheilt werden kann (so RGEntsch. 21, 406; dagegen Seuffert a. a. O. Bem. 6 a. E. zu § 253), kann dahingestellt bleiben. Denn eine derartige Heilung kann höchstens prozeßrechtliche Wirkungen, nicht aber die materiell rechtliche Folge haben, daß eine Ausschlußfrist als durch die verspätete richtige Zustellung gewahrt gilt (vgl. RGEntsch. 45, 426). Nach Art. 21 des Zwangsabtretungsgesetzes (AusfG. z. ZPO. und KO. in der Fassung der Bekanntm. v. 16. Juni 1899, G.V.Bl. 1899 S. 408) steht gegen die Feststellung der Entschädigungssumme durch die Distriktsverwaltungsbehörde dem Abtretungspflichtigen innerhalb einer von Bekanntgabe der festgestellten Beträge an laufenden Ausschlußfrist von einem Monat die Betretung des Rechtsweges behufs richterlicher Entscheidung über den Betrag der zu leistenden Entschädigung offen. Die Zustellung des Beschlusses über die dem Kläger zu gewährende Entschädigung hat unbestrittenermaßen am 13. September 1917 stattgefunden. Der Kläger macht nun geltend, durch die Zustellung der Klage am 12. Oktober 1917 habe er die einmonatige Ausschlußfrist gewahrt. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Allerdings hat das Gesetz über die Form, in welcher der Rechtsweg betreten werden muß, eine besondere Bestimmung nicht getroffen. Das Oberste Landesgericht hat daher mit Recht ausgesprochen, daß die Beteiligten auf den Weg der Klage nicht beschränkt sind,

vielmehr die gerichtliche Entscheidung auch in anderer prozeßrechtlich zulässiger Weise beim zuständigen Gericht beantragen können (Samml. v. Entsch. d. Oberst. LG. n. F. 2, 63; ebenso Laforet, Das Zwangsabtretungsgesetz S. 190). Immer aber wird die Einreichung eines die Ladung des Gegners enthaltenden Schriftsatzes erfordert, und erst durch die Zustellung dieses Schriftsatzes wird der Rechtsweg betreten (Monich in Zeitschr. f. D. Zivilprozeß 23, 418; auch in dem vom Obersten Landesgericht entschiedenen Falle war ein Schriftsatz mit Ladung dem Gegner zugestellt worden). Die bloße Einreichung der Klage bei Gericht kann als Betretung des Rechtsweges schon deshalb nicht erachtet werden, weil es dem Kläger ja freisteht, ob er die mit Terminsbestimmung versehene Klage dem Gegner zustellen will oder nicht; erst durch die Zustellung erklärt er, daß er seinen Anspruch gerichtlich verfolgen, den Rechtsweg betreten wolle. Im vorliegenden Falle hat eine rechtswirksame Zustellung der Klage innerhalb der einmonatigen Ausschlußfrist nicht stattgefunden. Durch die bloße Einreichung der Klage beim Landgericht ist die Frist nicht gewahrt worden, und die nach Ablauf der Frist erfolgte formgerechte Zustellung der Klage hat den durch Ablauf der Ausschlußfrist bereits eingetretenen Verlust des Klagerechts nicht rückgängig zu machen vermocht (vgl. auch JW. 1917, 231 ff. hinsichtlich der Einreichung der Klage bei einem unzuständigen Gericht).

Dem Umstand, daß durch die Entschließung des Staatsministeriums des Innern „das Kgl. Militärfiskalat" zur Einleitung des Zwangsenteignungsverfahrens ermächtigt worden ist, kommt für die Entscheidung des Rechtsstreits keine Bedeutung bei. Offenbar handelt es sich hierbei nur um eine nicht völlig genaue Ausdrucksweise. Daß als enteignungsberechtigt der Bayer. Militärfiskus zu erachten und die Klage daher gegen ihn zu richten war, hat der Kläger selbst dadurch anerkannt, daß er als Beklagten den Militärfiskus und das Militärfiskalat lediglich (irrigerweise) als dessen Vertreter bezeichnet hat."

Urteil des Oberlandesgerichts München (1. Sen.) v. 21. Juni 1918. B. w. bayerischen Militärfiskus. L. 179/1918. F—z.

---

77. Gesamtschuldnerische Haftung der Parteien für die den Schiedsrichtern zustehende Vergütung; Art der Berechnung.

Vgl. 63 Nr. 193; 66 Nr. 64.

ZPO. § 1025; BGB. §§ 612. 632. 427.

„Das Rechtsverhältnis der Schiedsrichter zu den Parteien des schiedsgerichtlichen Verfahrens ist als ein eigenartiges Rechtsgebilde aufzufassen. Der Schiedsrichter soll gleich dem ordentlichen Richter und an dessen Stelle einen Rechtsstreit entscheiden. Als Leistung wird von ihm sein Urteil bean-

spricht. Das Maß seiner Befugnisse beruht auf dem Schiedsvertrage. Ihm kommt eine Stellung über den Parteien zu, wie sie in dieser Art weder beim Auftrage, noch beim Dienst- oder Werkvertrage zu finden ist. Würdigt man den Gesamtcharakter seiner Stellung, so ist daran festzuhalten, daß er in einer vertraglichen Beziehung nicht nur zu derjenigen Partei steht, die ihn in das Schiedsgericht berufen hat, sondern zu den beiden Parteien des schiedsgerichtlichen Verfahrens. Sowohl seine Verpflichtungen als seine Rechte aus dem übernommenen Vertrage bestehen gegenüber beiden Parteien. Seine Grundlage findet dieses Vertragverhältnis in dem zwischen den Parteien geschlossenen Schiedsgerichtsvertrage, zu dessen Ausführung die Berufung des Schiedsrichters geschieht. Auch die berufende Partei handelt gegenüber dem von ihr berufenen Schiedsrichter nicht nur im eigenen Namen, sondern zugleich auch namens und in Vertretung des anderen Teils. Durch die Annahme des angebotenen Schiedsrichteramtes vollendet sich der Vertragschluß zwischen dem Schiedsrichter und den beiden Parteien (RGEntsch. 59, 247; 74, 321; JW. 15, 1027; 16, 580; Leipz. Ztschr. 17, 940).

Es ergibt sich hieraus, daß ebenso wie der Schiedsrichter gegenüber beiden Parteien zur Ausführung des von ihm angenommenen Amtes verpflichtet ist, er in gleichem Maße von beiden Erstattung der ihm dafür zustehenden Vergütung verlangen kann. Da die Pflicht der Parteien auf einem Vertrage beruht, der unter ihnen gemeinschaftlich geschlossen ist, ist die Berufung jedes Schiedsrichters auch so anzusehen, als ob sie von beiden Parteien gemeinschaftlich erfolgt, wenn sie auch äußerlich zunächst nur von der zur Berufung berechtigten Partei ausgeht. Hiernach läßt sich nach § 427 BGB. die Folgerung nicht ablehnen, daß beide Parteien als Gesamtschuldner jedem Schiedsrichter für seine gesamte Vergütung verhaftet sind (vgl. RGEntsch. 94, 210).

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß in dem Schiedsspruch die Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens dem Beklagten zu $^2/_3$, der anderen Partei zu $^1/_3$ auferlegt worden sind. Diese Kostenfestsetzung trifft nur das Verhältnis der Parteien untereinander, nicht aber das Verhältnis der Parteien zu dem Schiedsrichter. Es wird damit festgesetzt, inwieweit jede Partei von der anderen eine Erstattung der ihr erwachsenen und von ihr berichtigten Kosten und Auslagen des schiedsgerichtlichen Verfahrens zu fordern berechtigt ist. Die Verpflichtung der Parteien zur Zahlung der Vergütung der Schiedsrichter beruht dagegen auf dem ursprünglichen Vertrage und auf der Berufung als Schiedsrichter, nicht aber auf dem Schiedsspruch als solchen. Eine Beschränkung der Haftpflicht der einen oder anderen Partei gegenüber den Schiedsrichtern würde einen Verzicht des Schiedsrichters auf seine bereits erwachsenen Vertragsansprüche gegenüber der Partei bedeuten. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß die Schiedsrichter dadurch, daß sie die Kosten zu einem bestimmten Verhältnis auf die Parteien verteilen, einen

Verzicht hinsichtlich der ihnen zustehenden Gebührenforderung gegenüber der verpflichteten Partei beabsichtigt hätten, vor allem gegenüber derjenigen Partei, die den betreffenden Schiedsrichter berufen hat.

Der Kläger hat seine Gebührenrechnung in den Grenzen der Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure aufgestellt. Als eine Taxe im Sinne des § 612 Absatz 2 kann diese Gebührenordnung nicht anerkannt werden, wohl aber enthält sie diejenigen Normen, die von sachkundiger Seite als üblich bezeichnet werden, im geschäftlichen Verkehr allgemein anerkannt sind und auch von Behörden bei Honorarvereinbarungen als Grundlage genommen zu werden pflegen, wenn ihnen auch z. B. für die Bemessung der Gebühren für Sachverständige bei gerichtlichen Begutachtungen mit Rücksicht auf das Bestehen der amtlichen Gebührenordnung für Sachverständige eine maßgebende Bedeutung nicht zugebilligt werden kann. Hiernach steht nichts entgegen, die in der Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure aufgestellten Sätze als übliche Vergütung der Bemessung eines Schiedsrichterhonorars zugrunde zu legen (vgl. JW. 07, 175).

Bestimmte Regeln darüber, in welcher Weise die Schiedsrichter ihre Vergütung zu berechnen haben, lassen sich überhaupt nicht aufstellen. Es wird vielfach beobachtet, namentlich bei Schiedsgerichten, die sich mit reinen Rechtsfragen zu befassen haben, die Sätze der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zugrunde zu legen, also die Vergütung nicht nach der aufgewendeten Zeit, sondern nach dem in Betracht kommenden Streitwert abzugrenzen. Auf der anderen Seite ist es ebensowohl üblich, lediglich die aufgewendete Zeit in Rechnung zu stellen und sich hierbei an die in der Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure festgesetzten Normen oder ähnliche Festsetzungen zu halten. Beide Wege haben ihre Berechtigung. Beim Mangel einer Vereinbarung wird man dem Schiedsrichter nicht verwehren können, zu wählen, welchen Weg er einzuschlagen hat. Es ist dann zu prüfen, ob das Ergebnis über die Grenzen des Üblichen und Angemessenen soweit hinausgeht, daß die gewählte Art der Berechnung zu einem unbilligen Ergebnis führen würde.

Ähnliche Gesichtspunkte sind anzuwenden für die Frage, welche Zeit und welche Mühe der Schiedsrichter tatsächlich aufgewendet hat. Auch in dieser Hinsicht bietet die Rechnung des Klägers zu ernstlichen Bedenken keinen Anlaß. Ein strikter Beweis der aufgewendeten Zeit ist dem Schiedsrichter nicht zuzumuten. Das Schiedsrichteramt setzt ein besonderes Vertrauen voraus, und es fällt in den Rahmen dieses Vertrauens, wenn man die einfache Angabe des Schiedsrichters über die verwendete Zeit der Entscheidung zugrunde legt, sofern nicht aus besonderen Gründen, namentlich mit Rücksicht auf die Einfachheit der Sachlage diese Angabe zu besonderen Bedenken Anlaß gibt.

Namentlich ist von dem Schiedsrichter ein besonderer Nachweis für die Notwendigkeit der einzelnen Leistungen nicht erforderlich. In dieser Hinsicht entscheidet lediglich das Ermessen des Schiedsrichters wiederum unter dem Vorbehalt, daß nicht aus besonderen Gründen Bedenken gegen sein Verfahren zu erheben sind. Namentlich gilt dies von den von dem Schiedsrichter für erforderlich erachteten Reisen. Die Schiedsrichter sind in der Bestimmung des von ihnen einzuschlagenden Verfahrens vollständig frei, soweit ihnen in dem Schiedsgerichtsvertrage nicht besondere Schranken auferlegt sind. Hiernach sind sie auch frei in der Würdigung der Frage, welche Reisen und Beweisaufnahmen sie zur Erledigung der ihnen gestellten Aufgaben für notwendig erachten. Sie würden in dieser Freiheit zu sehr beschränkt sein, wenn man ihnen den besonderen Nachweis der Notwendigkeit jeder einzelnen Reise oder jeder einzelnen Arbeit oder einzelnen Beweisaufnahme aufbürden wollte.

Die Anforderungen an die Beweispflicht des als Kläger auftretenden Schiedsrichters sind danach nicht zu überspannen. Es genügt, wenn nach verständigem Ermessen, unter Berücksichtigung der Eigenart der Sachlage, der Schwierigkeit der Verhältnisse und der im Schiedsspruch tatsächlich zutage tretenden Ergebnisse seiner Arbeit, seine Rechnung über die verwendete Stundenzahl sich nicht als übertrieben darstellt.

Prüft man von diesem Standpunkt aus die Sachlage, so erscheint die von dem Kläger in Ansatz gebrachte Gesamtsumme von 133 Stunden keineswegs als zu hoch. Es ist hierbei insbesondere zu berücksichtigen, daß ein großer Teil der von den Schiedsrichtern aufgewendeten Arbeit in dem Schiedsspruch überhaupt nicht in Erscheinung tritt, nämlich alle diejenigen Arbeiten, die die Schiedsrichter haben aufwenden müssen, um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß mit den bisher von den Beteiligten vorgebrachten Aufstellungen und Entwürfen nicht zu dem Ergebnis einer Entscheidung gelangt werden könne. Arbeiten mit einem negativen Ergebnis dieser Art erfordern erfahrungsgemäß weit größere Mühe und Anstrengung, als die technische Prüfung eines klar vorliegenden Materials auf seine Richtigkeit oder Unrichtigkeit. — — —"

Urteil des KG. Berlin (22. Sen.) v. 9. Dez. 1918. W. w. L. 22. U. 4456/18. O. H.

---

78. Begründung der Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts, wenn dieselbe Partei vorher im ordentlichen Verfahren die Einrede des Schiedsvertrags erhoben hat; ist dem Erfordernis der Schriftlichkeit des Schiedsvertrags durch Bezugnahme auf andere Urkunden genügt?

ZPO. § 1045 Abs. 1. BGB. § 126.

„Der Klage gegenüber, die die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsgerichtsurteils des Schiedsgerichts des Vereins der am Futtermittelhandel be-

teiligten Firmen in Hamburg vom 24. November 1916 fordert, macht die Beklagte in erster Linie geltend, daß das Schiedsgericht nicht zuständig gewesen sei, weil der geltend gemachte Anspruch nicht unter die dem Schiedsgericht vorbehaltenen Ansprüche falle. Wie die Akten des Landgerichts Berlin ergeben, hatte die Klägerin dieselben Ansprüche, die sie nachmals dem Schiedsgericht unterbreitet hat, nämlich einen aus der Geschäftsverbindung mit der Beklagten sich ergebenden Saldo von ℳ 2150,29 nebst einem Anspruch auf Zahlung von ℳ 150 für einen einer klägerischen Lieferung beigegebenen Bedeckungsplan, vor dem ordentlichen Gericht in Berlin geltend gemacht. Dort hat die Beklagte vorgebracht, sie habe lediglich Einwendungen geltend zu machen, soweit der Saldo auf Debetposten beruhe, die auf Zuckerfutterlieferungen Bezug hätten; dieserhalb erhebe sie die Einrede des Schiedsvertrags. Die Klägerin hat daraufhin die Klage in Berlin zurückgenommen. In dem alsdann von ihr eingeleiteten schiedsrichterlichen Verfahren hat die Beklagte die Benennung eines Schiedsrichters verweigert. Nachdem ein solcher satzungsgemäß von dem oben genannten Verein bestellt worden war, hat das Schiedsgericht auf Grund der von der Klägerin gegebenen Unterlagen seine Zuständigkeit festgestellt und den Anträgen der Klägerin entsprochen. Bei dem hieraus sich ergebenden Verhalten der Beklagten kann es um so weniger als eine ausreichende Einlassung gegenüber der Vollstreckbarkeitsklage angesehen werden, wenn sie sich darauf beschränkt, einzuwenden, sie stütze sich auf Gegenforderungen gegen den Saldo von ℳ 2150,29, über deren Beschaffenheit sie jedoch gegenwärtig nichts Näheres angeben könne; eventuell sei zu bestreiten, daß der offene Posten der Abrechnung auf Geschäften beruhe, die in Zuckerfutter gemacht seien. Es war, zumal sie in dem Berliner Rechtsstreit sich auf den Standpunkt gestellt hatte, daß die Aburteilung dem Schiedsgericht unterstehe, auch im Schiedsgericht selbst nichts Gegenteiliges vorgebracht hatte, ihre Sache, nunmehr genau darzulegen, inwiefern ihr früherer Standpunkt unrichtig sei und welche genau formulierten Einwendungen sie den klägerischen Behauptungen gegenüber zu erheben habe. Mit einem allgemeinen Bestreiten und der vagen Bezugnahme auf eine Gegenforderung kann sie nicht gehört werden. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts war hiernach nicht zu beanstanden.

In zweiter Linie bestreitet die Beklagte insbesondere die Zuständigkeit der hamburgischen Gerichte für die Vollstreckungsklage, weil die Zuständigkeit sich nicht aus dem schriftlichen Schiedsvertrag ergebe. In dieser Beziehung sagt der zwischen den Parteien gewechselte Schlußschein II des genannten Vereins: „die Parteien unterwerfen sich den Schiedsgerichtsbestimmungen des Vereins, welche einen integrierenden Teil dieses Schlußscheines bilden". § 19 der Schiedsgerichtsbestimmungen sagt:

„Für die Einholung des gerichtlichen Vollstreckungsurteils behufs Vollstreckung des Schiedsspruches sind die hamburgischen Gerichte zuständig." Damit ist der in §§ 1046, 1045 Abs. 1 ZPO. gegebenen Vorschrift, daß für die Erlassung des Vollstreckungsurteils dasjenige Amts- oder Landgericht zuständig sei, das in einem schriftlichen Schiedsvertrage als solches bezeichnet sei, Genüge getan.

Das Reichsgericht (Entsch. 68, 186) hat beiläufig der Auffassung Ausdruck gegeben, daß für die Beurteilung der Frage, ob ein schriftlicher Schiedsvertrag nach § 1045 Abs. 1 ZPO. vorliege, die Norm des § 126 BGB. entscheidend sei. Das setzt voraus, daß § 126 überhaupt auf außerhalb des BGB. geregelte Fälle, in denen Schriftlichkeit vorgeschrieben wird, anwendbar ist, was sonst bislang streitig ist. Im vorliegenden Falle ist die Norm des § 126 jedenfalls gewahrt, da der Schlußschein II in zwei Exemplaren aufgenommen ist und jede Partei das für die andere bestimmte unterzeichnet hat. Es bedarf daher nicht der Entscheidung, ob ein Schiedsvertrag nicht mehr als schriftlicher im Sinne § 1045 Abs. 1 ZPO. angesehen werden könnte, der durch Briefwechsel zustande gekommen wäre. Darüber, inwieweit der Text der Urkunde selbst das Rechtsgeschäft enthalten müsse, für welches schriftliche Form vorgeschrieben ist, sagt § 126 selbst unmittelbar nichts. Die in dieser Richtung in der Literatur und in Urteilen des Reichsgerichts aufgestellten Grundsätze halten zumeist daran fest, daß die wesentlichen Erfordernisse des Rechtsgeschäfts in der Urkunde selbst niedergelegt sein müssen. Auf der anderen Seite hat das Reichsgericht (Entsch. 57, 260) ausgeführt, daß Wesen und Zweck der die Beobachtung der schriftlichen Form vorschreibenden gesetzlichen Bestimmungen und die Art der Willenserklärung darüber entscheiden, ob eine Bezugnahme auf außerhalb der Urkunde niedergelegte Willenserklärungen als zulässig erachtet werden kann (zu vgl. auch Gruchot, Beiträge 52, 224 ff.). Im vorliegenden Falle findet sich das Erfordernis der Schriftlichkeit des Schiedsvertrags zuerst im Entwurf einer Deutschen ZPO., Berlin 1871, vorgelegt vom Preußischen Justizministerium, § 873: „Als zuständiges Amtsgericht im Sinne dieses Buches ist dasjenige anzusehen, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrage als solches bezeichnet ist." Die Erläuterungen bemerken dazu: „Die Vereinbarung des Gerichtsstandes muß schriftlich sein, weil sie nur auf dieser Grundlage bei den auf einseitigen Antrag einer Partei ohne Gehör des Gegners zu gebenden Entscheidungen von dem Gericht berücksichtigt werden kann." Es ist klar, daß dieser Zweck in der Tat mit der Bestimmung verfolgt, und daß er vollkommen erreicht wird, wenn das Gericht in die Lage versetzt wird, zu prüfen, ob die Unterschrift der Parteien ihren Willen, ein bestimmtes Gericht als zuständig zu bezeichnen, sachlich deckt, mag bei solcher Prüfung auch auf eine be-

sondere Urkunde zurückzugreifen sein, die in der unterzeichneten Urkunde angezogen wird. Es muß daher die Schriftlichkeit jedenfalls dann als gewahrt gelten, wenn, wie hier, in der Urkunde selbst die außerhalb ihrer vorhandenen Schiedsgerichtsbestimmungen für einen Bestandteil des Urkundentextes erklärt werden und diese die Bestimmung des für die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruchs zuständigen Gerichts enthalten. — — —"

Urt. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 21. Juni 1918. L. & S. w. B. S. W. Bf. IV. 13/18. Nö.

---

79. Kann einer offenen Handelsgesellschaft das Armenrecht bewilligt werden?

Vgl. 54 Nr. 53 m. N.; 57 Nr. 164.
ZPO. § 114; HGB. §§ 105. 124.

„Das Landgericht hat der mitverklagten offenen Handelsgesellschaft das Armenrecht verweigert, weil dieses nur natürlichen Personen erteilt werden könne. Richtig ist, daß nur natürliche Personen das Armenrecht erhalten können, denn nur bei ihnen kann der notwendige Unterhalt durch Zahlung von Prozeßkosten beeinträchtigt werden (§ 114 ZPO. — vgl. RGEntsch. 33, 366 —). Die Frage ist nun aber, ob die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person ist oder ob sie nur eine Zusammenfassung natürlicher Personen ist ohne eigene juristische Persönlichkeit. Das ist streitig, doch ist die Ansicht durchaus vorherrschend, daß die offene Handelsgesellschaft keine besondere Rechtsperson ist (vgl. Staub-Könige, HGB. (9) § 105 Anm. 8, § 124 Anm. 6; Gaupp-Stein ZPO. (10) § 50 Fußbemerkung 28, — a. M. Gaupp-Stein ZPO. (10) § 50 II 4, siehe auch Fußbemerkung 31 —). Besonders hat auch das Reichsgericht grundsätzlich diesen Standpunkt eingenommen (vgl. RGEntsch. 17, 365; 46, 39; 64, 77; 65, 227 (229, 230) — vgl. ferner 35, 388; Leipz. Z. 1910, 150, wonach der Gesellschafter im Prozeß der Gesellschaft nicht als Zeuge vernommen werden kann, weil er Partei ist —). Einzelne Entscheidungen des Reichsgerichts weichen allerdings ab. Nicht dazu zu rechnen sind die Entscheidungen, die den Gesellschafter im Prozeß der Gesellschaft als Nebenintervenienten zulassen, denn dabei wird der grundsätzliche Standpunkt festgehalten und die Möglichkeit der Nebenintervention aus den besonderen Vorschriften des Gesellschaftsrechts gefolgert. (RGEntsch. 5, 69 (71).) Zweifelhafter ist schon die Entscheidung Bd. 36, 139 (141), wo es heißt, die Klage gegen eine offene Handelsgesellschaft sei rechtlich verschieden von der Klage gegen das einzelne Gesellschaftsmitglied, und die Umwandlung der einen Klage in die andere sei eine Klagänderung (vgl. dazu allerdings RGEntsch. 64, 78, 79, ferner

Staub-Könige, HGB. (9) § 129 Anm. 2, § 124 Anm. 18, 19, JW. 06, 477[41]). Offenbar abweichend ist aber die Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. April 1902 (JW. 1902, 250[4] = SeuffA. 57 Nr. 164), und sie trifft gerade die Frage, ob einer offenen Handelsgesellschaft das Armenrecht gegeben werden kann. Die Entscheidung verweigert das Armenrecht, weil Parteien nicht die Personen seien, auf die die beigebrachten Armutszeugnisse lauteten, sondern die Handelsgesellschaft, ein von jenen verschiedenes Rechtssubjekt. Das ist unhaltbar und steht in unlöslichem Widerspruch zu der Grundauffassung des Reichsgerichts, die z. B. in der Entscheidung Bd. 46, 39 (41) dahin Ausdruck gefunden hat: „Die offene Handelsgesellschaft ist nicht selbständiges Rechtssubjekt, sondern die einzelnen Gesellschafter sind die Subjekte der unter dem Kollektivnamen der Gesellschaft für sie, die Gesellschafter, erworbenen Rechte und eingegangenen Verbindlichkeiten. Dementsprechend sind auch in Prozessen der Gesellschaft die Gesellschafter (als Gesamtheit, in ihrer Zusammenfassung unter der Firma der Gesellschaft) Prozeßpartei." Ganz im Gegensatz zu der Entscheidung vom 5. April 1902 hat auch das Reichsgericht — und damit steht es auf dem Boden seiner Grundanschauung — am 18. Mai 1898 einer Kommanditgesellschaft das Armenrecht erteilt, weil die Kommanditgesellschaft keine juristische Person, sondern eine Vereinigung physischer Person sei, die, ohne ein besonderes Rechtssubjekt zu bilden, Träger des Vermögens der Gesellschaft seien (SeuffA. 54 Nr. 53).

Der Senat teilt die Ansicht des Reichsgerichts über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft. Verklagt ist daher nicht die offene Handelsgesellschaft als besondere Rechtsperson, sondern ihre beiden Inhaber, zusammengefaßt unter ihrer Firma (§ 124 HGB.). Das Oberlandesgericht hat allerdings früher, ThürBl. 46, 87 (89), im Anschluß an die Entscheidung RGEntsch. 36, 141 die Ansicht vertreten, daß der Prozeß gegen die offene Handelsgesellschaft von dem Prozesse gegen die Gesellschafter verschieden sei. Es hat das besonders auch aus den Bestimmungen über den Gerichtsstand (jetzt §§ 17 Abs. 1, 22 ZPO.) gefolgert, hat aber dabei das Wesen der offenen Handelsgesellschaft zu wenig berücksichtigt (vgl. besonders RG. 46, 39). Da für beide Inhaber nachgewiesen ist, daß sie die Prozeßkosten ohne Beeinträchtigung ihres notwendigen Unterhalts nicht bestreiten können, war ihnen das Armenrecht zu erteilen unter dem Namen (Firma), unter dem sie verklagt sind, also der offenen Handelsgesellschaft."

Beschluß des OLG. zu Jena (1. Sen.) v. 8. Jan. 1919. B. w. H. & F. 1. W. 1/19. B—r.

I. Bürgerliches Recht.

80. Die gesetzliche Lebensvermutung ersetzt nicht das im Versicherungsverhältnis geforderte amtlich beglaubigte Lebensattest.

BGB. § 19.

Nach dem Versicherungsschein vom 10. Aug. 1910 hatte die Klägerin gegen die Beklagte Anspruch auf eine jährliche Leibrente von 321,50 M, jährlich am 10. August zahlbar. Nach § 3 Ziffer 2 der allgemeinen Bedingungen erfolgte die Zahlung der Renten gegen Einreichung des Versicherungsscheines und eines amtlich beglaubigten Lebensattestes des Rentners; auf Verlangen der Gesellschaft war die Quittung über die Leistung auf Kosten des Empfängers zu beglaubigen. Die Klägerin war seit dem 25. Sept. 1912 verschollen. Der Abwesenheitspfleger forderte die am 10. Aug. 1913 und 1914 fällig gewesenen Renten, indem er sich darauf berief, daß die Klägerin nach § 19 BGB. lebe, solange bis die Todeserklärung erfolgt sei. Das Landgericht gab der Klage statt, indem es ausführte: Die Einreichung des Lebensattestes werde durch die gesetzliche Lebensvermutung des § 19 BGB. ersetzt. Es könne sich zwar bei den hiernach der Beklagten obliegenden Zahlungen herausstellen, daß sie nicht geschuldet wurden, weil die Rentenempfängerin den Fälligkeitstermin tatsächlich oder präsumtiv nicht mehr erlebt habe. Dies könne dazu führen, die Zahlungsverpflichtung von einer Sicherheitsleistung der Klägerin abhängig zu machen, was aber vorliegenden Falles nicht in Antrag gebracht sei. Die Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Standpunkt des Landgerichts kann nicht gebilligt werden. Es ist zwar nichts dagegen einzuwenden, daß unter Umständen der Nachweis bestimmter Tatsachen, an den der Versicherer seine Zahlungspflicht geknüpft hat, auch auf einem anderen Wege als in den Bedingungen vorgeschrieben ist, als erbracht angesehen werden kann. Dies hat aber jedenfalls zur Voraussetzung, daß der Nachweis dem vertraglich festgelegten völlig gleichwertig ist. Daran fehlt es hier. Während das vorgeschriebene, amtlich beglaubigte Lebensattest den Nachweis des Lebens zur Zeit seiner Ausstellung erbringt, ergibt sich aus § 19 BGB. nur die Vermutung des Fortlebens der Verschollenen bis zu dem näher bezeichneten Zeitpunkte,

der Beweis des Lebens wird durch sie nicht erbracht. Die gesetzliche Vermutung erstreckt sich zwar an sich auf alle Rechtsverhältnisse. Aber im vorliegendem Falle ist die gesetzliche Vermutung und jede sich an sie knüpfende Rechtswirkung durch Vereinbarung ausgeschaltet, indem ein Weg vorgeschrieben worden ist, auf dem das Leben nachzuweisen ist. (Zu vgl. RGR. Note 2 zu § 19 BGB.). Ergibt sich somit aus dem Wortlaute des Versicherungsvertrags die Richtigkeit des grundsätzlichen Standpunkts der Beklagten, so ist er auch vom Gesichtspunkte der Billigkeit aus nicht zu beanstanden. Die Sache kann nicht so angesehen werden, als ob die Beklagte durch Berufung auf jene Vertragsbestimmung versuche, die Klägerin in unzulässiger Weise um ihr Recht zu bringen. Vielmehr ist es nur als eine berechtigte Wahrung ihrer Interessen zu erachten, wenn sie in dem Bestreben, gegen alle Unklarheiten und Weiterungen gesichert zu sein, die gerade Fälle, wie der vorliegende, mit sich bringen können, das tatsächliche Leben der Versicherten zur Voraussetzung ihrer Zahlungspflicht macht und für das Bestehen dieser Voraussetzung einen bündigen Nachweis verlangt."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 29. Nov. 1918. M. A. S. w. Janus, Hamb. Vers.-Akt.-Ges. Bf. IV. 169/18. Nö.

---

81. Zur Bedeutung und Auslegung der Klausel „freibleibend".

Vgl. 73 Nr. 114 m. N.
BGB. §§ 145. 157.

Die Beklagte bot der Klägerin im Schreiben vom 22. Febr. 1917 ein größeres Quantum (50 hl) Himbeersaft freibleibend zum Preise von 1,20 *M* für das Kilo an. Die Klägerin war damit einverstanden, ging aber dabei von der Annahme aus, daß es sich um Ware aus dem Jahre 1916 handle. Die Beklagte berichtigte diesen Irrtum und machte zur Bedingung, daß ihr der bei einer früheren Geschäftsverbindung mit der Klägerin erlittene Verlust vergütet werde. Die Klägerin bot am 1. März 1917 300 *M* zur Ausgleichung dieses Verlustes an und bezog sich hierbei ausdrücklich auf den Brief der Beklagten vom 22. Febr. Am 3. März telegraphierte die Beklagte, sie verlange 10 *M* für den Hektoliter als Vergütung für ihren früheren Verlust; ihr gesamter Vorrat sei 120 hl Himbeersaft und 40 hl Kirschsaft. Am Nachmittag des gleichen Tages telegraphierte die Klagepartei, sie sei mit dem Telegramm der Beklagten einverstanden und akzeptiere somit 120 hl Himbeermuttersaft und 40 hl Kirschmuttersaft. Dieses Telegramm traf noch am 3. März 1917 bei der Beklagten ein; am nächsten Tage antwortete diese telegraphisch „Fruchtsäfte inzwischen von hiesiger Behörde gekauft". Die Klagepartei setzte nun der Beklagten, die sich darauf berief, daß ihr Angebot „frei-

bleibend" erfolgt sei, eine Nachfrist und beanspruchte sodann im Klagewege Zahlung von 5000 M Schadenersatz, da die Klausel „freibleibend" nicht auf das vom ursprünglichen Angebot nach Ware und Preis verschiedene Angebot vom 3. März bezogen werden könne.

Das Landgericht wies die Klage ab, die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Landgericht nimmt an, die im Brief der Beklagten vom 22. Febr. 1917 enthaltene Klausel „freibleibend" wirke für das telegraphische Angebot vom 3. März 1917 nicht fort, weil dieses hinsichtlich der Ware und des Preises mit dem früheren Angebot nicht übereingestimmt habe. Allein der enge Zusammenhang, in welchem alle späteren Verhandlungen mit dem Angebot vom 22. Febr. 1917 standen, und die Kürze der Zeitspanne, über die sich die gesamten Verhandlungen erstreckt haben, läßt nach der Anschauung des Senats die Annahme nicht zu, als habe die Beklagte die Entschlußfreiheit, die sie sich durch Beifügung der Klausel „freibleibend" zunächst vorbehalten hatte, gelegentlich des späteren Brief- und Telegrammwechsels aufgegeben; auch die Klägerin konnte nach der Überzeugung des Senats dies nicht annehmen und hat es auch nicht angenommen. Daß die Klausel „freibleibend" in jedem späteren Brief und Telegramm wiederholt werde, war zur Fortdauer ihrer Wirksamkeit nicht erforderlich; sie blieb vielmehr, da sie nicht zurückgenommen wurde, von selbst auch für die späteren Verhandlungen maßgebend und bestand auch am 3. März 1917 noch rechtswirksam fort (OLGRspr. 32, 353).

Wie der Wortlaut ergibt, bedeutet die Klausel „freibleibend", daß der Anbietende, sei es hinsichtlich des ganzen Inhalts seines Angebots, sei es hinsichtlich einzelner Punkte derselben nicht gebunden sein will (Staub Anm. 19 zu § 346 HGB., Goldmann Anm. 85 zu § 346 HGB., Brand Handelsgesetzbuch S. 827, Staudinger Anm. 5 zu § 145 BGB., Entsch. d. Reichsoberhandelsgerichts 14, 81, Reichsgericht im „Recht" 1916 Nr. 1255, Apt Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin Bd. II S. 166 Nr. 166 ff.). Im vorliegenden Falle kann nicht wohl in Zweifel gezogen werden, daß sich die Beklagte durch den Zusatz „freibleibend" die Entschlußfreiheit hinsichtlich des ganzen Inhalts ihres Angebots (nicht aber nur hinsichtlich der Menge oder des Preises) vorbehalten wollte. Bestritten ist, ob dem Angebot mit dem Beisatz „freibleibend" die strenge Bedeutung beizumessen ist, daß der Anbietende gebunden wird, falls er nicht sein Angebot bis zum Eintreffen der Annahme des Gegners zurückgenommen hat, oder die mildere, daß der Vertrag durch die Annahme zustande kommt, falls der Antragende nicht wenigstens sofort nach dem Eintreffen der Annahme erklärt, daß er den Vertrag nicht mehr wolle. Der Senat entscheidet sich für die letztere Auffassung (ebenso Staub Exkurs zu § 361 HGB. Anm. 16; Urteil des

OLG. Hamburg vom 14. Juli 1916 Leipz. Zeitschrift 1916, 1329). Da die Beklagte, nachdem am 3. März die Annahmeerklärung der Klägerin bei ihr eingetroffen war, sofort am 4. März telegraphisch mitteilte, sie habe die Fruchtsäfte inzwischen anderweitig verkauft, ist ein Vertrag zwischen den Parteien nicht zustande gekommen und der Schadenersatzanspruch der Klägerin nicht gerechtfertigt. — — — —"

Urteil des OLG. zu München (1. Sen.) vom 8. Nov. 1918. E. w. E. L. 303/1918 F—z.

---

82. Vollmachterteilung durch Duldung der Vertretung*; Erforderlichkeit der Bekanntmachung des Widerrufs.

*Vgl. 72 Nr. 30 m. N.

BGB. 167. 170. 171. HGB. § 54.

Der Beklagte, ein berufsmäßiger Musiker, betrieb unter der eingetragenen Firma E. & Co. einen Handel mit Lebensmitteln, und zwar überließ er die Geschäftsführung durchweg seinem minderjährigen Sohne, da er selbst vom Geschäft nichts verstand. Der Sohn ging regelmäßig zur Börse, schloß dort Geschäfte für die Firma ab und galt dort allgemein als vertretungsberechtigt. Außer dem Sohne war nur noch eine Kontoristin im Geschäfte tätig. Der Kläger nahm den Beklagten aus einem Geschäfte in Anspruch, das durch den von dem Sohne des Beklagten beauftragten Makler H. zwischen dem Kläger und der Firma E. & Co. zum Abschluß gebracht worden war. Der Beklagte bestritt, daß sein Sohn Vollmacht zum Abschluß des Geschäftes gehabt und er selbst davon etwas gewußt habe, behauptete auch, daß sein Sohn seit 1. September 1916 für sein Geschäft nicht mehr habe tätig sein dürfen. Der Beklagte wurde für das von seinem Sohne mit dem Kläger geschlossene Geschäft für verantwortlich erklärt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob Hans E., wie Beklagter behauptet, nicht ausdrücklich bevollmächtigt war, Geschäfte für die väterliche Firma abzuschließen. Zweifellos hat der Beklagte geduldet, daß sein Sohn regelmäßig Geschäfte an der Börse für seine Firma abschloß und als „Bevollmächtigter der Firma" auftrat. Wenn ein Prinzipal es zuläßt, daß ein anderer sich als Handlungsbevollmächtigter geriert, so ist darin an sich eine Handlungsvollmacht, damit auch die Ermächtigung, Rechtsgeschäfte einzugehen, als erteilt anzusehen.

Beklagter behauptet aber, daß sein Sohn seit Anfang September 1916 für seine Firma nicht mehr tätig gewesen sei, er ihm auch untersagt habe, für seine Firma weiter Geschäfte abzuschließen. Die Behauptungen sind unerheblich. Selbst wenn sie wahr wären, würde die Haftung des Beklagten für das vorliegende Geschäft nicht ausgeschlossen sein.

Wollte er für die von seinem Sohne abgeschlossenen Geschäfte nicht mehr eintreten und seine Haftung ausschließen, so mußte er Maßnahmen treffen, die es verhinderten, daß das Publikum im Vertrauen darauf, mit dem befugten Vertreter der Firma zu kontrahieren, mit seinem nicht bevollmächtigten Sohne Geschäfte abschloß. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben mußte Beklagter entsprechend den zum Schutze gutgläubiger Dritter im Verkehre mit Nichtbevollmächtigten in §§ 170, 171 getroffenen Bestimmungen seine Firma löschen lassen oder durch öffentliche Mitteilung bekannt geben, daß sein Sohn nicht mehr befugt war, für seine Firma Geschäfte abzuschließen. Es genügte nicht, wenn er seinem Sohne verbot, Geschäfte für seine Firma abzuschließen. In Wirklichkeit hat er seinen Geschäftsbetrieb auch nach dem 1. September 1916 aufrecht erhalten und geduldet, daß sein Sohn sein Geschäftspapier mit dem Firmenaufdruck benutzte. Für den Abschluß vom 29. November 1916 ist daher Beklagter verantwortlich. — — —"

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (3. Sen.) v. 19. Dez. 1918. J. w. E. Bf. III. 271/18. B.

---

83. Kein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf eine unmögliche Leistung.

BGB. § 273.

Otto W., der dem Kläger als Nebenintervenient beigetreten ist, war bis zu seiner Entlassung am 4. Aug. 1913 alleiniger Geschäftsführer der am 23. Aug. 1913 in Konkurs verfallenen Firma J. R. G. m. b. H. Er hatte 1912 und 1913 eine Reihe von Geldbeträgen, die er sich beim Kläger geliehen hatte, für die Zwecke der Gesellschaft und zwar, wie er behauptet, zur Tilgung dringender Schulden verwendet. Seine Ansprüche auf Erstattung des Geldes trat er dem Kläger ab und dieser meldete sie unter Hinzurechnung von Zinsen zum Konkurse der Gesellschaft an. Gegenüber der auf Feststellung der Forderung als nichtberechtigte Konkursforderung gerichteten Klage machte der Konkursverwalter ein Zurückbehaltungsrecht geltend, bis Otto W. seiner Pflicht zur Rechnungslegung genügt habe. Der Einwand wurde verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß der Beklagte an sich befugt ist, dem Klaganspruch solange entgegenzutreten, bis der Nebenintervenient seiner Verpflichtung zur Rechnungslegung genügt hat. Es nimmt jedoch an, daß der Beklagte einen Einwand in dieser Richtung nicht mehr zu erheben vermöge, weil nach dem für beweiskräftig erachteten Gutachten des Sachverständigen G. die Rechnungslegung bei dem mangelhaften Zustand der noch vorhandenen Geschäftsbücher nicht mehr ausführbar sei. Die Revision bemerkt demgegenüber, daß sich

hieraus noch nicht die Hinfälligkeit der Zurückbehaltungseinrede ergebe. Sie übersieht, daß angesichts der Unmöglichkeit der Rechnungslegung die Zulassung der Einrede zur Auslöschung des Klaganspruchs führen und daß dieses Ergebnis mit der rechtlichen Natur des Verteidigungsmittels als einer bloß aufschiebenden Einrede in unversöhnlichem Widerspruch stehen würde. Hat der Nebenintervenient, wie der Beklagte behauptet, die Unmöglichkeit der Rechnungslegung verschuldet, so verblieb dem Beklagten das Recht, mit dem der Gemeinschuldnerin hieraus erwachsenen Schadenersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB.) aufzurechnen. Von dieser Befugnis hat er aber keinen Gebrauch gemacht. — — —"

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 19. Nov. 1918. St. w. T. u. O. W. (OLG. Stuttgart). III. 307/18.

---

84. Aufrechnung mit einer Forderung, die mit einem Zurückbehaltungsrechte behaftet ist, bei Annahmeverzug des Klägers.

Vgl. 67 Nr. 150; 59 Nr. 149.
BGB. §§ 387. 390. 273. 274 Abs. 2.

Die Beklagte stellte der auf Zahlung von 10000 *M* gerichteten Klageforderung gegenüber eine Gegenforderung von 98000 *M* zur Aufrechnung, die sie aus einem beiderseits erfüllten, wegen Täuschung angefochtenen Kaufgeschäfte zwischen der Klägerin und dem Rechtsvorgänger der Beklagten über 150000 *M* Aktien herleitete, indem sie Zurückzahlung des Kaufpreises forderte. Die Klägerin wollte diesen zurückhalten, weil die Beklagte ihr den Kaufgegenstand zurückzugewähren habe. Die Beklagte war zur Rückgabe der Aktien bereit, aber nur gegen Zahlung des gesamten Kaufpreises von 98000 *M*. Landgericht und OLG. hielten die Aufrechnung für unzulässig. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Entscheidung über die Revision ist grundsätzlich abhängig von der Beantwortung der Frage, ob mit einer Forderung aufgerechnet werden kann, der eine Zurückhaltungseinrede entgegensteht, und zwar insbesondere dann, wenn der Aufrechnungsgegner sich im Annahmeverzuge befindet.

Grundsätzlich bestimmt § 390 BGB., daß eine Forderung der eine Einrede entgegensteht, nicht zur Aufrechnung verstellt werden kann. Es wird allgemein anerkannt, daß unter den hier gemeinten Einreden nicht nur zerstörende, sondern auch aufschiebende zu verstehen sind. Unter die aufschiebenden fällt die hier in Rede stehende Zurückbehaltungseinrede. Aber es fragt sich, ob diese Einrede der Aufrechnung auch dann entgegensteht, wenn der Aufrechnungsgegner sich im Annahmeverzuge hinsichtlich der Leistung, wegen der er zurückhalten will, befindet. Das Reichsgericht hat in SeuffA. 59 Nr. 149 entschieden, daß ein Be-

klagter, der die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegen einen Vertragsanspruch erhebt, der aber seinerseits im Annahmeverzug ist, verurteilt werden muß, jedoch nicht bedingungslos, sondern Zug um Zug gegen die Gegenleistung. Daraus hat das OLG. Rostock, (SeuffArch. 67 Nr. 150) geschlossen, daß eine solche Forderung nicht zur Aufrechnung verwandt werden könne, weil sich die Bedingung der Leistung Zug um Zug bei der Zulassung der Aufrechnung nicht durchführen lasse. Das ist jedoch aus der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts nicht zu folgern. Denn jenes Urteil beruht auf der Erwägung, daß einerseits der Schuldner durch seinen Annahmeverzug noch nicht das Recht verliert, daß er nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung zu leisten braucht, und daß anderseits eine Verurteilung Zug um Zug den Gläubiger in der Zwangsvollstreckung nicht in Schwierigkeiten verwickelt, da er nach § 274 Abs. 2 BGB. ohne Bewirkung der ihm obliegenden Gegenleistung zwangsweise vorgehen kann. Das Urteil beruht also auf einer Abwägung der beiderseitigen Interessen und kommt zu dem Ergebnis, daß eine Verurteilung Zug um Zug den Interessen beider Teile gerecht wird. In einem Falle wie dem vorliegenden läßt sich nun allerdings im entscheidenden Teile des Urteils nicht aussprechen, daß bei Zulassung der Aufrechnung der Aufrechnende die erhaltene Leistung zurückzugewähren habe. Aber auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, daß der Annahmeverzug des Aufrechnungsgegners nicht bewirken darf, daß der Beklagte von einer ihm zustehenden Einrede keinen Gebrauch machen kann. Es würde sonst durch den Verzug des einen Teiles dem anderen Teile ein — unter Umständen erheblicher — sachlicher Schade zugefügt. Das erscheint auf keinen Fall angängig. Den Interessen des Aufrechnungsgegners kann dagegen vollauf Rechnung getragen werden, wenn der Aufrechnende seine Gegenleistung zur Verfügung jenes hält. Unter der Voraussetzung, daß letzteres der Fall ist und der Gegner sich demgemäß im Annahmeverzuge befindet, werden also seine berechtigten Interessen durch die Zulassung der Aufrechnung nicht verletzt, wenngleich, wie erwähnt, im entscheidenden Teile des Urteils nicht zum Ausdruck gelangen kann, daß er ein Recht auf die Gegenleistung hat. Die Aufrechnung ist deshalb zuzulassen, wenn der Aufrechnende seine Gegenleistung angeboten hat und sie dauernd zur Verfügung seines Gegners hält.

Dies Ergebnis wird nicht nur den beiderseitigen berechtigten Interessen gerecht, sondern es entspricht auch dem Grundsatze, der im § 274 Abs. 2 BGB. seinen Ausdruck gefunden hat. Nach dieser Gesetzesbestimmung kann derjenige, dem eine Forderung zusteht, die mit einer Zurückhaltungseinrede behaftet ist, dann, wenn sein Gegner sich im Annahmeverzüge befindet, im Wege der Zwangsvollstreckung vorgehen, ohne die ihm obliegende Gegenleistung zu bewirken. Das Gesetz hat also den



oben entwickelten Grundsatz, daß der Forderungsberechtigte in seinen Interessen nicht durch den Annahmeverzug des Gegners beeinträchtigt werden darf, für den Fall, daß jener entweder Kläger oder Widerkläger ist, ausdrücklich anerkannt. Was für den Widerkläger gilt, muß auch für den Aufrechnenden gelten. Wenn der Berechtigte sich durch Widerklage und Vollstreckung zwangsweise Befriedigung verschaffen kann, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb er dasselbe Ziel nicht durch Aufrechnung sollte erreichen können. Das OLG. Rostock wendet a. a. O. ein, der Beklagte könne durch Annahmebereitschaft die Einrede wieder zur Geltung bringen, während bei der Aufrechnung infolge der das Erlöschen der Forderung herbeiführenden Wirkung (§ 389 BGB.) ein nachträgliches Zurückgreifen auf die Einrede unmöglich sei. Allein diese Erwägung erscheint nicht ausschlaggebend. Denn der Zurückhaltungsberechtigte kann auch dann, wenn er verklagt wird, sich die Gegenleistung nicht über die Zwangsvollstreckung hinaus verschaffen. Der entsprechende Zeitpunkt liegt, wenn aufgerechnet wird, in der Abgabe des Urteils. Dieser Unterschied erscheint nicht von solcher Bedeutung, daß er den vorstehend entwickelten Grundsatz zu Fall bringen könnte.

Im vorliegenden Falle wird die Sachlage dadurch etwas verwickelter, daß die Beklagte gegen die Aufrechnung nicht den gesamten Kaufgegenstand, sondern nur einen Teil desselben — nämlich denjenigen Teil, der dem zur Aufrechnung nötigen Betrage von 10 000 ℳ entspricht — zurückzugewähren hat. Letzteres ergibt sich aus den Grundsätzen, die die Rechtsprechung über den Umfang des Zurückbehaltungsrechts herausgebildet hat. Dieselbe Verwickelung würde eintreten, wenn die Beklagte den Betrag von 10 000 ℳ als Klägerin oder Widerklägerin geltend machte. Hieraus kann also ebenfalls kein Grund gegen die Zulassung der Aufrechnung entnommen werden. Es wird nach dem wirtschaftlichen Verhältnis des Gesamtkaufpreises zu dem zur Aufrechnung verstellten Betrage zu ermitteln sein, ein wie großer Teil des gesamten Kaufgegenstandes zurückzugewähren ist.“ — — — —

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 29. Jan. 1919. St. Bank (Bekl.) w. N. Handelsbank (OLG. Celle). I. 252/18. Auch in Entsch. Bd. 94 Nr. 90 S. 309.

---

85. Persönliche Zwistigkeiten zwischen Pächter und Verpächter können die fristlose Kündigung des Pachtvertrags rechtfertigen.

BGB. §§ 553. 554. 581.

Die Klägerin forderte von dem Beklagten die Räumung der Pfarrländereien, die sie ihm auf die Zeit vom 15. Aug. 1907 bis zum 30. Juni 1922 verpachtet hatte, weil er sich gegen den Pfarrer der Gemeinde wiederholt in strafbarer Weise vergangen habe. Das Landgericht ver-

urteilte den Beklagten zur Räumung des Pachtgutes, das Berufungsgericht wies die Berufung des Beklagten zurück, weil der Beklagte durch sein Verhalten gegenüber dem damaligen Pfarrer der Kirchengemeinde in einer Weise gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßen habe die einem vertragwidrigen Gebrauche der Pachtsache gleichzustellen sei. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Revision erachtet es für unzulässig und im Widerspruch mit der durch § 157 BGB. gebotenen, Treu und Glauben entsprechenden Vertragsauslegung stehend, daß das Berufungsgericht dem Räumungsanspruch der Klägerin wegen rein persönlicher Zwistigkeiten zwischen dem Beklagten und dem Pfarrer der klagenden Gemeinde stattgegeben habe. Dem Berufungsgericht ist jedoch, wenigstens im Ergebnis, beizutreten.

In den §§ 553, 554 BGB. ist dem Vermieter ein außerordentliches Kündigungsrecht gegeben; die Bestimmung des § 553 BGB. schützt das Interesse des Vermieters an der Erhaltung der vermieteten Sache gegen deren vertragwidrigen Gebrauch durch den Mieter, die des § 554 BGB. wahrt die Rechte des Vermieters auf die ihm für die Überlassung des Gebrauches der Mietsache gebührende Gegenleistung. Den persönlichen Beziehungen zwischen dem Vermieter und dem Mieter und den daraus erwachsenden Störungen des Vertragverhältnisses zwischen ihnen ist in diesen Sonderbestimmungen des Mietrechtes nicht Rechnung getragen; ebensowenig ist dies hinsichtlich der Pacht geschehen, auf die jene Sonderbestimmungen nach § 581 Abs. 2 BGB. Anwendung finden. Miete und Pacht führen nicht, wie Dienst- und Gesellschaftsvertrag, notwendig zu näheren persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragparteien; tatsächlich bringen sie indes, insbesonders die Miete, die Parteien vielfach in fortlaufende persönliche Berührung, die zu Störungen des Hausfriedens und damit auch der besonderen vertraglichen Beziehungen unter ihnen führen kann. In weitem Umfange sehen deshalb die Mietverträge eine Kündigung wegen persönlicher Zwistigkeiten zwischen den Parteien vor. Aber auch mangels solcher ausdrücklicher Vertragbestimmungen kann das Vertragverhältnis sowohl der Miete als der Pacht von einem feindseligen persönlichen Verhältnis zwischen den Parteien in denjenigen Fällen nicht unberührt bleiben, in denen besondere vertragliche Beziehungen ein engeres verständiges, friedliches Zusammenwirken bedingen, und die Feindschaft zwischen den Parteien eine derartige Schärfe annimmt, daß sie ein solches Zusammenwirken unmöglich macht. In solchen Fällen besonderer Art ist auch für die Miete und die Pacht die Geltung des Grundsatzes anzuerkennen, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit die Aufkündigung

erfolgen' kann, eines Grundsatzes, der zwar nur für bestimmte Rechtsverhältnisse im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist — vgl. §§ 626, 723 BGB., §§ 70, 77 Abs. 3, 92 Abs. 2, 133, 161 Abs. 2 HGB., §§ 124a, 133b GwO. — dem aber eine allgemeine Bedeutung zugesprochen werden muß, vgl. RGEntsch. 78, 389.

Ein solcher Fall besonderer Art liegt hier vor. Durch die Bestimmungen des Pachtvertrages ist die Notwendigkeit eines persönlichen, friedlichen Zusammenwirkens des beklagten Pächters mit dem Vorsitzenden des Vorstandes der Verpächterin gegeben. Der Pfarrer hatte nicht nur in Gemeinschaft mit den anderen Mitgliedern des Kirchenvorstandes die gesetzlichen und vertraglichen Befugnisse der Verpächterin dem Beklagten gegenüber wahrzunehmen, sondern es standen ihm als Nutznießer der kirchlichen Ländereien auch besondere persönliche Rechte gegenüber dem Beklagten zu, die ihn in ein engeres persönliches Verhältnis zu diesem brachten (wird dargelegt).

Die Durchführung dieser vertraglichen Rechte des Pfarrers ist bei einem fortdauernden feindlichen Verhältnis, bei einer gehässigen Gesinnung des Pächters gegen diesen auf das äußerste gefährdet. Die Fortsetzung des Vertragverhältnisses ist alsdann der Kirchengemeinde, die die vertraglichen Rechte des Nutzungsberechtigten zu wahren verpflichtet ist und bei einem derartigen Zustande selbst in ihren Vertragsrechten schwer verletzt und gefährdet wird, nach Treu und Glauben nicht zuzumuten. Daß der Beklagte gegen den Pfarrer eine derart feindselige Gesinnung wiederholt betätigt hat, ist vom Berufungsgericht auf Grund der gegen den Beklagten wegen Beleidigung und Körperverletzung gefällten strafgerichtlichen Urteile festgestellt. Der Beklagte hat den Pfarrer bei verschiedenen Gelegenheiten, bei denen ihr Verhältnis als Nutznießer und Pächter der Kirchenländereien sie zusammenführte, nicht nur in gröblicher Weies beschimpft, sondern er hat ihn auch mißhandelt und ist mit einer Heugabel auf ihn losgegangen.

Inwieweit den Pfarrer ein Verschulden an der Feindschaft zwischen ihm und dem Beklagten trifft, bedarf im gegenwärtigen Rechtsstreit, in dem es sich nur um die Berechtigung zur Vertragsauflösung, (nicht um Schadenersatzansprüche) handelt, der Feststellung nicht. Die fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde setzt nicht notwendig ein Verschulden desjenigen, dem gekündigt wird, voraus. Daß hier die Unverträglichkeit des Fortbestehens des Vertragverhältnisses zum wesentlichen Teile von dem Beklagten verschuldet ist, ergibt sich übrigens aus den nicht angefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 13. Dez. 1918. Sz. w. kath. Kirchengemeinde Gr. K. (OLG. Marienwerder). III. 265/18. Auch in Entsch. 94 Nr. 69 S. 234.

---

86. Kassageschäfte können Spielgeschäfte sein.

BGB. § 764.

Kläger stand mit der beklagten Bankfirma in mehrjähriger Geschäftsverbindung und hatte durch Börsenspekulationen im Endergebnis erhebliche Verluste erlitten. Der größte Teil des Verlustes rührte aus Kassageschäften in Goldminen her. Der auf Herausgabe von Effekten gerichteten Klage widersprach die Beklagte unter Hinweis auf ihre Forderung gegen den Kläger. Dieser behauptete, die Kaufgeschäfte seien nur zum Schein abgeschlossen, in Wahrheit seien es Spielgeschäfte gewesen. Die Klage wurde abgewiesen.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

....„Die Revision sucht auszuführen, das Berufungsgericht habe nicht genügend berücksichtigt, daß auch Kassageschäfte Spielcharakter tragen können und daß die Umstände des Falles auf solchen Charakter hindeuteten. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat anerkannt, daß Kassageschäfte Spielgeschäfte sein können. Jedoch haben die Indizien, die bei Termingeschäften für Spielabsicht beweisend sind, bei Kassageschäften nicht dieselbe Beweiskraft (Bank A. 10, 239). Das Unvermögen des Kontrahenten zur Bezahlung des Kaufpreises, die unterlassene effektive Lieferung u. dgl. sind nicht von gleichausschlaggebender Bedeutung, wie beim Termingeschäft (RGEntsch. 52, 253). Sie sind aber keineswegs gänzlich bedeutungslos, vielmehr sind die vorliegenden Umstände in ihrer Gesamtheit zu würdigen (RGEntsch. 91, 45, Bank A. 14, 165). Das Berufungsgericht hat sich von vorstehenden Grundsätzen leiten lassen. Es hat erwogen, daß das Unvermögen des Klägers zur Bezahlung der Minenaktien, der Charakter der Papiere als Spielpapiere, die Absicht durch Kursdifferenz zu verdienen, zwar nicht belanglos, aber doch auch in ihrer Gesamtheit nicht völlig schlußkräftig seien. Es sieht deshalb das Vorliegen von Spielgeschäften nicht als erwiesen an. Dagegen ist vom Rechtsstandpunkte aus nichts zu erinnern, wobei noch darauf hinzuweisen ist, daß die Beklagte für den Kläger die shares in London oder Paris tatsächlich hat einkaufen und dort in Depot nehmen lassen, so daß sie sie jeder Zeit zur Verfügung hatte, daß sie auch die fälligen Dividenden einkassiert und dem Kläger gutgebracht hat. Da das Berufungsgericht, wie erwähnt, von richtigen Grundsätzen ausgegangen ist, liegt die Schlußfolgerung im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet, das der Revision verschlossen ist."

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 4. Dez. 1918. S. w. Kom.-Ges. v. d. H. (OLG. Düsseldorf). I. 167/18.

87. Anwendbarkeit des § 829 BGB. auf den Fall des § 844 BGB; Verjährung des Anspruchs aus § 829 BGB.*

*Vgl. 68 Nr. 192.

BGB. §§ 829. 844. 852.

Der Beklagte erschoß am 2. Sept. 1912 die Tochter der Klägerin; dabei befand er sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Die Klägerin fordert auf Grund der §§ 823, 829, 844 Abs. 2 BGB. die Feststellung der Schadenersatzpflicht des Beklagten. Das Oberlandesgericht stellte fest, daß der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin durch Entrichtung einer Geldrente den ihr durch die Tötung ihrer Tochter entstandenen Schaden insoweit zu ersetzen, als

1. die Getötete während der mutmaßlichen Dauer ihres Lebens zur Gewährung ihres Unterhalts an die Klägerin verpflichtet gewesen sein würde;
2. die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert;
3. dem Beklagten nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedürfe.

Die Revision des Beklagten war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht hat die Klage, soweit sie sich lediglich auf § 844 Abs. 2 BGB. gründet, in der Erwägung abgewiesen, daß die Klägerin bereits kurz nach dem Tode ihrer Tochter sowohl von dem ihr dadurch erwachsenen Schaden, als auch davon, daß der Beklagte ihre Tochter getötet hat, Kenntnis erhalten habe, daß daher die dreijährige Verjährungsfrist zur Zeit der Klagerhebung bereits abgelaufen gewesen sei. Dagegen hat es — unter Darlegung, daß die Voraussetzungen zur Anwendnng des § 829 BGB. gegeben seien, den Einwand der Verjährung, soweit er gegen den auf diese Vorschrift sich stützenden Klaganspruch gerichtet ist, für unbegründet erachtet und hierzu ausgeführt, jene Umstände seien nicht ausreichend um die Kenntnis der Klägerin von der Person des Täters als des Ersatzpflichtigen zu begründen. Denn der Beklagte habe im Sinne des § 829 als Täter erst in Frage kommen können, wenn die Klägerin gewußt habe, daß er für den von ihm verursachten Schaden auf Grund des § 827 nicht verantwortlich war. Vor erlangter Kenntnis von diesem für den Bestand des Anspruchs maßgebenden Umstand könne die Verjährung nicht beginnen. Die Kenntnis von einer schon zur Zeit der Tat bestehenden Geisteskrankheit des Beklagten habe die Klägerin aber erst innerhalb der letzten drei Jahre vor der Klagerhebung erlangt.

Die Revision macht geltend, die Vorschrift im § 829 gewähre nur dem Verletzten einen Anspruch, bestreitet daher, daß sie auf den hier

vorliegenden Fall des § 844 anwendbar sei. Diese Ansicht geht fehl. Richtig ist allerdings, daß bei der Singularität jener Vorschrift, eine entsprechende Anwendung auf andere unerlaubte Handlungen, als die darin ausdrücklich erwähnten (§§ 823—826) ausgeschlossen ist (RGEntsch. 74, 143); allein wie vom Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 829 auf die Fälle der §§ 830, 833 Satz 2, 836 deswegen angenommen worden ist, weil in ihnen nicht eine Handlung besonderer Art aufgestellt, sondern nur ein Anwendungsfall des aus § 823 sich ergebenden Tatbestands behandelt wird (RGEntsch. a. a. O. Warneyer 1915 Nr. 283, 1916 Nr. 278, Komm. d. RGR. zu § 829 Anm. 1), so kann aus dem gleichen Grunde die Anwendbarkeit des § 829 auf den Fall des § 844 keinem Zweifel unterliegen, da auch diese Bestimmung den — objektiven — Tatbestand des § 823 voraussetzt. Es ist auch ein innerer Grund nicht ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, die Anwendbarkeit des § 829 auf den Fall des § 844 auszuschließen.

Auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht den Einwand der Verjährung, soweit er sich gegen den Anspruch aus § 829 richtet, zurückgewiesen hat, sind frei von Rechtsirrtum. Dieser Anspruch ist nicht ein Schadenersatzanspruch der gewöhnlichen Art; es läßt sich daher der Auffassung nicht beitreten, es gebe einen besonderen Anspruch aus § 829 überhaupt nicht, es bleibe vielmehr der Anspruch aus den §§ 823—826 trotz der Nichtverantwortlichkeit des Täters nach Maßgabe des § 829, soweit es die Billigkeit verlange, aufrecht und die Behauptung des Mangels der Verantwortlichkeit sei Einrede, die durch Replik gemäß § 829 ganz oder teilweise geschlagen werde. Der Anspruch aus § 829 ist vielmehr ein Billigkeitsanspruch und unterscheidet sich von den auf §§ 823 bis 826 gestützten Ansprüchen in bezug auf Grundlage und Tragweite. (RGEntsch. 74, 143, insbesondere 146). Er hat zur Voraussetzung u. a. auch die, daß die schädigende Handlung, die, bei Zurechnungsfähigkeit begangen, den Tatbestand einer unter die §§ 823—826 fallenden unerlaubten Handlung darstellen würde, in einem Zustand der im § 827 bezeichneten Art oder von einem Kinde vorgenommen worden ist. Solange der Geschädigte diesen Umstand noch nicht kennt, läßt sich nicht sagen, daß er von der Person des nach § 829 „Ersatzpflichtigen" Kenntnis erlangt hat, und erst von dem Zeitpunkt dieser Kenntnis — und der Kenntnis des Schadens — an, läuft die dreijährige Verjährung (§ 852). Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin davon, daß der Beklagte ihre Tochter in einem Zustande der im § 827 bezeichneten Art getötet hat, Kenntnis erst innerhalb der letzten drei Jahre vor der Klagerhebung erlangt hat, ist frei von Rechtsirrtum". — — —

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 9. Dez. 1918. C. w. H. (OLG. Celle). VI. 252/18. Auch in Entsch. 94 Nr. 66 S. 220.



88. Die in Gütertrennung lebende Frau ist regelmäßig nicht verpflichtet, dem Manne Auskunft über ihr Vermögen und ihr Einkommen zu erteilen.

BGB. §§ 1426. 260.

Der Kläger als Liquidator des Nachlasses des 1916 verstorbenen Ehemanns der Beklagten wurde von der Steuerbehörde auf Grund des Einkommen- und des Ergänzungssteuergesetzes auf Entrichtung von 846184,60 ℳ Nachsteuern für die Steuerjahre 1911 bis 1916 in Anspruch genommen. Er klagte gegen die Beklagte, die mit ihrem Manne in Gütertrennung gelebt hatte, auf Auskunfterteilung über ihr Vermögen und ihr Einkommen für die Jahre 1911 bis 1916 mit der Begründung, daß er dieser Auskunft zur Begründung seiner Beschwerde gegen die Höhe der geforderten Nachsteuer bedürfe, weil bei der Veranlagung zur Einkommen- und zur Ergänzungssteuer dem Einkommen und dem Vermögen des verstorbenen Ehemanns das steuerpflichtige Einkommen und Vermögen der Beklagten hinzuzurechnen sei. Landgericht und Oberlandesgericht gaben der Klage statt, das Reichsgericht wies die Klage ab. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„— — — Daß dem Kläger eine Gesetzesbestimmung nicht zur Seite steht, durch die für den Ehemann gegen die mit ihm in getrennten Gütern lebende Frau ein Recht auf Erteilung von Auskunft der hier in Rede stehenden Art ausdrücklich vorgesehen wäre, erkennt das Kammergericht selbst an. Es meint aber, es verstehe sich von selbst, daß das Gesetz dem Ehemanne, wenn es ihm die Verpflichtung auferlege, mit seinem Vermögen auch das der Frau zu versteuern und gegebenenfalls offen zu legen, zugleich die Mittel gewähren wolle, ohne die er der Verpflichtung nicht genügen könne; deshalb müsse der Ehemann beim Güterstande der Gütertrennung auch berechtigt sein, aus Anlaß seiner Veranlagung zur Einkommensteuer, zur Ergänzungssteuer und zum Wehrbeitrage von der Frau Erteilung von Auskunft über ihr Einkommen und ihr Vermögen zu fordern. Diese an die Vorschriften in den §§ 40, 89 der Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht anklingende Begründung wird von der Revision mit Recht als unzulänglich beanstandet.

Die Rechte und Pflichten, die Ehegatten gegeneinander in persönlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht haben, sind im BGB. geregelt. Eine allgemeine Auskunftspflicht besteht nach ihm ebensowenig unter Ehegatten wie sonst (vgl. Gruchot 51, 897, Warneyer Erg. 1912 Nr. 14). Auch § 260 BGB. führt nicht etwa eine Auskunftspflicht ein, sondern enthält nur Vorschriften für den Fall, daß eine solche Pflicht durch sonstige Bestimmungen bereits begründet ist oder die Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen besteht (vgl. RGEntsch.

90, 139). Was Ehegatten betrifft, so ist eine Auskunftspflicht beispielsweise in § 1374 anerkannt, wonach der Mann das eingebrachte Gut ordnungsmäßig zu verwalten und der Frau über den Stand der Verwaltung auf Verlangen Auskunft zu erteilen hat. Diese für das gesetzliche Güterrecht gegebene Vorschrift findet nach § 1525 Abs. 2 bei der Errungenschaftsgemeinschaft und nach § 1550 Abs. 2 auch bei der Fahrnisgemeinschaft auf das eingebrachte Gut der Frau entsprechende Anwendung. Nach § 1373 in Verbindung mit § 260 könnte umgekehrt auch eine Auskunftspflicht der Frau in bezug auf die zu ihrem eingebrachten Gute gehörenden Sachen beim gesetzlichen Güterrechte und dann auch wieder (§ 1525 Abs. 2, § 1550 Abs. 2) bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft in Frage kommen. Für den Güterstand der Gütertrennung sind besondere Vorschriften nicht gegeben. Bei diesem Güterstande hat vielmehr regelmäßig der Ehemann kein Recht, von der Frau Erteilung von Auskunft über ihr Vermögen und ihr Einkommen zu verlangen. Wenn Steuergesetze vielfach trotzdem ohne jede Rücksicht auf den Güterstand anordnen, daß dem Einkommen und dem Vermögen des Mannes das Einkommen und das Vermögen der Frau hinzuzurechnen sei oder daß beider Ehegatten Einkommen und Vermögen zusammengerechnet werden solle, und wenn sie dann von dem Manne über das gesamte Einkommen und Vermögen Erklärungen fordern, so tun sie das zunächst in dem richtigen Gedanken, daß der Mann selbst bei Gütertrennung und selbst in bezug auf das vorbehaltene Gut gewöhnlich das Einkommen und das Vermögen der Frau kennt und darum durchaus in der Lage ist, darüber die erforderlichen Angaben zu machen. Schon die Furcht, daß bei der Veranlagung sonst ihr Einkommen und ihr Vermögen von der Steuerbehörde zu hoch angenommen werde und sie genötigt sein würde, dem Manne als ihren Anteil an den festgesetzten Steuern zu hohe Beträge zu erstatten, wird sogar einer Frau, die mit ihrem Manne nicht im besten Einverständnisse lebt, in aller Regel Veranlassung geben, ihm Einblick in ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse auch insoweit zu gewähren, als es sich um Vermögen handelt, an dem ihm die Verwaltung nicht zusteht. Immerhin kann es Fälle geben, in denen der Mann das Einkommen und das Vermögen der Frau nicht kennt und diese sich zugleich weigert, ihm die nötige Auskunft zu erteilen. Die Fälle werden verhältnismäßig selten vorkommen. Nur in solchen Ausnahmefällen, aber auch in ihnen nur, sofern die Steuergesetze, denen Auskunftspflichten nicht fremd sind (vgl. z. B. § 23 des Einkommensteuergesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juni 1907 in Verbindung mit § 74), dem Ehemanne nicht selbst zu Hilfe kommen, könnte die Frage praktische Bedeutung gewinnen, ob der Ehemann nach bürgerlichem Rechte befugt wäre, von der Frau Erteilung von Auskunft über ihr

Vermögen und ihr Einkommen zu verlangen. Ob sich die Frage dann bejahen ließe, wenn es sich um eine dem Ehemanne durch ein Steuergesetz im öffentlichen Interesse auferlegte Pflicht handelt, die er, ohne daß ihm die Frau Auskunft erteilt, nicht zu erfüllen imstande ist, kann dahingestellt bleiben. Insbesondere braucht nicht untersucht zu werden, ob unter dieser Voraussetzung, wie die Revisionsbeantwortung meint, die Vorschriften des BGB. über die Geschäftsführung ohne Auftrag, besonders im Hinblick auf § 679, oder, woran das Landgericht gedacht zu haben scheint, das sittliche Wesen der Ehe und die aus ihm sich ergebende Beurteilung der gegenseitigen Rechte und Pflichten aller Ehegatten (vgl. RGEntsch. 87, 62/63) einen Weg eröffnen würden, auf dem man dazu gelangen könnte, den Mann für berechtigt zu erklären, von der Frau Erteilung der nötigen Auskunft zu fordern. Denn um die Erfüllung einer derartigen im öffentlichen Interesse auferlegten Pflicht handelt es sich hier nicht. Ganz abgesehen davon, daß die Ehe der Beklagten schon vor der Klageerhebung durch den Tod des Ehemanns gelöst war, spielt eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die der Kläger als Liquidator des vom Ehemanne hinterlassenen Vermögens zu erfüllen hätte, im Streitfall überhaupt keine Rolle. Die Sache liegt nicht etwa so, daß der Kläger zur Abgabe einer Steuererklärung verpflichtet wäre und von der Steuerbehörde zur Abgabe einer solchen angehalten würde. In dem auf Grund des § 73 des Einkommensteuergesetzes, § 45 des Ergänzungssteuergesetzes eingeleiteten Verfahren hat vielmehr die Regierung in B., wie das auch ihre Sache war, das Einkommen und das Vermögen, das sie zur Versteuerung glaubt heranziehen zu können, selbständig ermittelt und von dem Ergebnis ihrer Ermittelung dem Kläger Kenntnis gegeben. Glaubt der Kläger, daß das Einkommen und das Vermögen zu hoch angenommen seien, so ist es ihm unbenommen, die Annahme der Regierung als unrichtig zu bekämpfen. Daß er, um dies mit Aussicht auf Erfolg tun zu können, einer Auskunft der Beklagten über ihr Vermögen und ihr Einkommen bedürfte, hat er weder dargelegt, noch ist es sonst ersichtlich oder anzunehmen. Ob es ausreichen würde, das Verlangen des Klägers nach Erteilung der mit der Klage geforderten Auskunft zu rechtfertigen, ist deshalb eine Frage, deren Entscheidung es nach Lage der Sache nicht bedarf.

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 21. Nov. 1918. B. v. W. w. F. (Kammergericht). IV. 158/18.

89. Ist § 1478 BGB. auch dann anwendbar, wenn die Gütergemeinschaft bereits vor der Ehescheidung aufgehoben ist? Ist vertragsmäßiger Vorbehalt der Rechte aus § 1478 zulässig?

Vgl 59; Nr. 191.
BGB. § 1478.

Die Eheleute B. hatten durch Ehe- und Erbvertrag für ihre Ehe den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft eingeführt. Demnächst erhob die Ehefrau in zwei Prozessen Klage auf Scheidung der Ehe und auf Aufhebung der Gütergemeinschaft. Der letztere Rechtsstreit wurde durch den vor dem Prozeßgericht geschlossenen Vergleich beendet, in dem die Eheleute B. erklärten, daß sie die zwischen ihnen bestehende allgemeine Gütergemeinschaft hiermit aufhöben, sich aber im übrigen alle gegenseitigen Ansprüche vorbehielten. Die Ehe wurde später aus alleinigem Verschulden des Ehemanns geschieden. Eine Auseinandersetzung hinsichtlich des Gesamtguts hatte zwischen den Eheleuten nicht stattgefunden. Zu dem Gesamtgut gehörte unter anderem der Anteil der beklagten Frau B. an dem Nachlaß ihres 1909 verstorbenen Vaters.

Der Kläger ließ wegen einer vollstreckbaren Forderung gegen den Ehemann B. dessen Anteil an dem Gesamtgut, insbesondere den Anspruch auf Auseinandersetzung und den zum Gesamtgut gehörigen Anspruch der Beklagten an dem Nachlaß ihres Vaters pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Er beanspruchte mit Rücksicht auf das Anteilsrecht des Ehemanns B. am Gesamtgut seine Befriedigung aus diesem Erbteil und stellte im Wege der Klage darauf abzielende Anträge.

Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

— — — „Nach der Vorschrift des § 1478 kann, wenn die Ehegatten geschieden sind und einer von ihnen allein für schuldig erklärt ist, der andere verlangen, daß jedem von ihnen der Wert desjenigen zurückerstattet wird, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat. Das Berufungsgericht nimmt an, daß trotz des über Aufhebung der Gütergemeinschaft 1911 geschlossenen gerichtlichen Vergleichs, der als Prozeßvergleich der für den Ehevertrag in § 1434 vorgeschriebenen Beurkundungsform nicht bedurfte (RGEntsch. 48, 183), der Beklagten als dem nicht schuldigen Ehegatten der Anspruch aus § 1478 nach dem Inhalte des Vergleichs gewahrt blieb. In diesem Zusammenhang erörtert das Berufungsgericht auch die in der Rechtslehre sehr bestrittene Frage, ob § 1478 anwendbar ist, wenn bereits vor der Scheidung die Gütergemeinschaft aufgehoben war. Der Vorderrichter schließt sich der von einzelnen Schriftstellern und auch im Kommentar von Reichsgerichtsräten (Anm. 2 zu § 1478) vertretenen Ansicht an, daß eine frühere Aufhebung der Gütergemeinschaft dem Wahlrecht des nichtschuldigen Ehegatten aus § 1478 billigerweise nicht entgegenstehe, wenn zur Zeit der Rechtskraft

des Scheidungsurteils die Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts noch nicht stattgefunden habe.

Dieser Ansicht, die von der Revision bekämpft wird, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Die Vorschrift des § 1478, die von der zweiten Kommission dem Entwurfe des BGB. eingefügt ist, ist allerdings aus Billigkeitsrücksichten gegeben. Sie will namentlich verhindern, daß ein Ehegatte unter Mißbrauch des Scheidungsrechts, um sich in den freien Besitz der Hälfte des Vermögens zu setzen, eine zur Scheidung führende Handlung begeht (Prot. Bd. 4 S. 439 ff.). Das Wahlrecht des § 1478 hat jedoch, wie aus der systematischen Stellung dieser Vorschrift hervorgeht, nur Geltung für den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft (vgl. § 1546 Abs. 2). Besteht dieser Güterstand zur Zeit der Scheidung nicht mehr, so kann der geschiedene unschuldige Ehegatte von dem Rechte des § 1478 der Regel nach keinen Gebrauch machen. Der zufällige Umstand, ob die Auseinandersetzung zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurteils bereits durchgeführt ist oder nicht, kann für die Frage der Anwendbarkeit des § 1478 nicht entscheidend sein. Es ist nicht zu bezweifeln, daß der nichtschuldige Ehegatte, wenn bereits längere Zeit vor Anstellung der Scheidungsklage der Güterstand der Gütergemeinschaft aufgehoben und durch einen anderen kraft Gesetzes (§ 1470 Abs. Satz 2) oder auf Grund Vereinbarung eintretenden Güterstand ersetzt war, nicht um deswillen, weil die Auseinandersetzung aus irgend welchen Gründen sich verzögert hat und zur Zeit der Scheidung noch nicht beendet war, auf die Vergünstigung des § 1478 Anspruch machen kann.

Fraglich kann nur sein, wie es sich mit der Anwendbarkeit dieser Vorschrift verhält, wenn zur Zeit der Aufhebung der Gütergemeinschaft die Scheidungsklage bereits angestellt war, ob nicht wegen des Zusammenhangs der Aufhebungsklage mit der Scheidungsklage dem die Aufhebung der Gütergemeinschaft aussprechenden Urteil entsprechend dem vom Kläger gestellten, in gleichem Sinne zu verstehenden Antrage die Bedeutung beizumessen ist, daß die Aufhebung unbeschadet der Rechte des Klägers aus § 1478 erfolgt. Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es hier indes nicht. In dem vorliegenden Falle handelt es sich nicht um ein auf Aufhebung der Gütergemeinschaft lautendes Urteil, sondern um eine als Ehevertrag sich darstellende Vereinbarung der Ehegatten, daß die Gütergemeinschaft aufgehoben sein soll. Bei einer solchen vertragmäßigen Regelung ist es unbedenklich zulässig, daß dem Ehegatten für den Fall der späteren Scheidung aus alleinigem Verschulden des anderen Ehegatten das Wahlrecht des § 1478 vorbehalten wird. Dem § 1478 kommt keineswegs die Bedeutung zu, daß er ausschließlich bei unverändertem Fortbestehen der Gütergemeinschaft Geltung hat und ihm demgemäß durch Vereinbarung der Ehegatten nicht ein erweitertes Anwendungs-

gebiet gegeben werden kann. Den Ehegatten ist grundsätzlich volle Freiheit gelassen, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag zu regeln (§§ 1432 ff. BGB.). Sie können, wenn schon infolge Aufhebung der Gütergemeinschaft Gütertrennung besteht, die fortdauernde Geltung des § 1478 — soweit diese Vorschrift nicht ohnedies anwendbar bleibt — vereinbaren, indem sie das in § 1478 ausgesprochene Gesetzesrecht zu einem Vertragsbestandteil machen.

Eine solche Vereinbarung hat aber das Oberlandesgericht festgestellt (wird ausgeführt).

Hiernach hat der Ehemann B. bei der Auseinandersetzung nach § 1478, da der Wert des von der Beklagten in die Gütergemeinschaft eingebrachten Vermögens kein geringerer ist, als der jetzige Wert des als Gesamtgut noch vorhandenen Vermögens, auf seinen Anteil am Gesamtgut nichts mehr zu erhalten und demgemäß kann auch der Kläger als Rechtsnachfolger des B. keine Ansprüche gegen die Beklagte erheben."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 14. Nov. 1918. O. und Gen. w. B. (OLG. München). IV. 259/18.

---

90. Kostenvorschußpflicht des Vaters in dem vom Kinde gegen ihn geführten Rechtsstreit.

Vgl. 68; Nr. 17. 101. 239.
BGB. § 1654 GKG. § 92.

„Der Senat ist im Anschlusse an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG. Str. S. 45, 407, J. W. 1912, 949, das dort angeführte Urteil des IV. Zivilsenats vom 11. Mai 1903 B 79/03) und abweichend von den früheren Entscheidungen des V. und VI. Senats dieses Gerichts (Rechtsprechung 21, 265 und 24, 287) der Ansicht, daß in dem Rechtsstreite eines Kindes gegen seinen Vater der Vater nach § 1654 BGB. nur dann dem Kinde zu einem Kostenvorschusse verpflichtet ist, wenn Vermögen des Kindes seiner Nutznießung tatsächlich unterliegt, nicht aber, wie es bei Eheleuten nach § 1387 BGB. allerdings der Fall ist, schon dann, wenn nur grundsätzlich das Recht zur Verwaltung und Nutznießung gegeben ist. Der Wortlaut des Satzes 1 des § 1654 und die Weglassung des § 1387 BGB. in Satz 2 sprechen für diese Ansicht, und die Entstehungsgeschichte des § 1654 ergibt unzweideutig nur, daß, wenn der Vater ein seiner Nutznießung unterliegendes Kindesvermögen tatsächlich unter sich hat, er die Lasten und Kosten ganz tragen muß, ohne sich darauf berufen zu können, daß sie größer seien, als der Ertrag, den er von dem Kindesvermögen ziehen könne."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 15. März 1919. A. L. w. A. S. gen. L. Bs. Z. VI. 28/19. Nö.

---

91. Kein Anspruch der Mutter eines unehelichen Kindes auf eine Rente wegen ihrer zufolge der Entbindung eingetretenen Minderung der Erwerbsfähigkeit.

BGB. § 1715.

Die Klägerin gebar im Dezember 1914 einen Knaben, dessen Erzeuger der Beklagte war. Sie forderte auf Grund § 1715 BGB. die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer jährlichen lebenslänglichen Rente von 600 M, indem sie behauptete, ihre jährliche Einbuße infolge durch die Entbindung verminderter Erwerbsfähigkeit betrage mindestens 600 M und werde auch künftig so viel betragen; sie habe vor der Entbindung in ihrem Geschäfte als Damenschneiderin mindestens 2000 M jährlich verdient, während sie jetzt nur $^2/_3$ dieser Summe verdienen könne.

Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils;

„Nach dem erst durch einen Beschluß des Reichstags in den § 1715 BGB. aufgenommenen Zusatze sind der Mutter — außer den Kosten der Entbindung und den Kosten des Unterhalts für die ersten 6 Wochen nach der Entbindung — ohne zeitliche Schranke auch die Kosten vom Vater des Kindes zu ersetzen, welche dadurch entstanden sind, daß infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung weitere Aufwendungen notwendig wurden, insbesondere also die Kosten, welche der Mutter durch Aufwendungen für eine sogenannte Nachkrankheit erwachsen sind, sowie die der Mutter für ihren Unterhalt nach Ablauf der ersten 6 Wochen entstandenen Aufwendungen, soweit sie auf die durch die Schwangerschaft oder Entbindung verursachte Erwerbsunfähigkeit oder Erwerbsbeschränktheit der Mutter zurückzuführen sind. Ob der Mutter auch die Einbuße zu ersetzen ist, welche sie dadurch erleidet, daß infolge der Schwangerschaft oder Entbindung ihr Arbeitsverdienst eine Minderung erfahren hat, ist zwar nicht unbestritten aber mit der herrschenden Meinung (s. die Zitate bei Staudinger IV, zweiter Teil 1913, Seite 1106 unter γ) zu verneinen. Von „durch Aufwendungen entstandenen Kosten" kann bei jenem Verluste unmöglich gesprochen werden; das Gesetz aber gegen seinen klaren Wortlaut auszulegen, ist nicht angängig und wird auch durch innere Gründe nicht gerechtfertigt.

Ergibt sich schon hieraus, daß der Anspruch der Klage, bei dem es sich um Ersatz der jährlichen Einbuße handelt, welche die Klägerin infolge ihrer durch die Entbindung verminderten Erwerbsfähigkeit erlitten haben will, mit Recht abgewiesen ist, so kommt hinzu, daß die Klägerin die Zubilligung einer lebenslänglichen oder doch auf die Zeit ihrer Bedürftigkeit zu gewährenden Rente nach jener Bestimmung überhaupt nicht fordern kann. Der § 1715 verpflichtet den Vater nur zum Ersatze bereits entstandener Kosten. Erst künftig ent-

stehende Kosten bleiben außer Betracht. Um Leistung von Schadenersatz durch Entrichtung einer Geldrente handelt es sich nicht. Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung steht nicht in Frage. Die Klägerin kann den Ersatz der Kosten für Aushilfspersonen oder Stellvertreter fordern, die sie infolge ihrer durch die Entbindung bewirkten Arbeitsbeschränktheit hat annehmen müssen. Sie kann auch, wenn sie infolge ihrer geminderten Erwerbsfähigkeit Verbindlichkeiten hat eingehen müssen, um ihren Unterhalt zu bestreiten, vom Beklagten verlangen, daß er sie von diesen Ansprüchen freihalte. Dergleichen Forderungen werden nicht erhoben. . . . . ."

Urteil des OLG. Hamburg (3. Sen.) v. 8. Okt. 1918. H. w. U. Bf. III. 81/18. B.

---

92. Keine Verwechslungsgefahr zwischen den Warenzeichen „Stärkin" und „Stärkon" und der Warenbezeichnung „Stärkolin";* Zuständigkeit für den zugleich mit dem Schadenersatzanspruch erhobenen Unterlassungsanspruch.**

*Vgl. 63 Nr. 210 m. N.; **Vgl. 63 Nr. 122; 70 Nr. 203 m. N.
WarenZG. §§ 12, 14, 20; ZPO. §§ 32.

Für den Kläger war das Wort „Stärkin" als neben anderem für Stärke und Stärkepräparate Stärkeersatz und Stärkezusatzmittel bestimmtes Warenzeichen eingetragen, er vertrieb unter dieser Bezeichnung gewerbsmäßig ein von ihm hergestelltes Stärkeersatzmittel. Die verklagte offene Handelsgesellschaft mit dem Sitze in Berlin hatte unter der Bezeichnung „Stärkolin" ebenfalls ein Stärkeersatzmittel gewerbsmäßig in den Handel gebracht und insbesondere auch in der in Berlin-Schöneberg erscheinenden, auch in Leipzig verschiedentlich gehaltenen Wochenschrift „Chemisch-Technische Industrie" öffentlich angekündigt. Der Kläger klagte gegen die Beklagte auf Unterlassung der nach seiner Ansicht vorliegenden wissentlichen Verletzung seines Warenzeichens auf Rechnungslegung und Schadenersatz beim Landgericht Leipzig. Die Beklagte wandte örtliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts ein und bestritt jede Verwechslungsgefahr. Die Klage wurde abgewiesen.

Aus den Gründen des Ber.-Gerichts:

„Mit Recht hat sich das Landgericht in vollem Umfange zur sachlichen Entscheidung über die Klagansprüche für zuständig erachtet. Im vorliegenden Falle, wo die Zuständigkeitsbegründung insoweit mit der Klagebegründung tatsächlich zusammenfällt, genügt die bloße Behauptung einer dem § 14 WZG. zuwiderlaufenden Rechtsverletzung, um das angerufene Gericht zuvörderst für die Klagansprüche auf Rechnungslegung und Schadenersatz nach § 32 ZPO. sachlich zuständig zu machen. (RG Entsch. 61, 77 ff; 29, 273.) Damit ist aber nach der allerdings nicht

unbestrittenen (SeuffA. 63, 210; Marksch. Wettbew. Jahr 17 S. 178) Auffassung des Reichsgerichts zugleich die Zuständigkeit für den Unterlassungsanspruch gegeben, weil doch auch dieser hier aus der unerlaubten Handlung hergeleitet wird und es ein nicht zu rechtfertigender Formalismus wäre, den Anspruch lediglich deshalb aus deren Gerichtsstande herauszuweisen, weil es zu seiner Begründung der Behauptung einer unerlaubten Handlung, nämlich der wissentlichen oder grobfahrlässigen Warenzeichenverletzung, nicht bedurft, sondern schon die Berufung auf das absolute Recht genügt hätte. (Vgl. insbesondere Jur. W. 1915 S. 1023[27].) Dieser Auffassung, die auch das Ber.-Gericht in früheren Entscheidungen. (Sächs. OLG. 31, 475; vgl. 32, 243) bereits vertreten hat und die überdies von vielen anderen Gerichten gebilligt wird, (z. B. SeuffA. 70, 374 ff., GewG. u. UrhR. 1903, 50 ff., vgl. Rspr. OLG. 17, 94) schließt sich das Ber.-Gericht wiederum an.

Anderseits ist aber auch der klagabweisenden Sachentscheidung beizutreten, da das Ber.-Gericht die behauptete Verwechslungsgefahr nicht anzuerkennen vermag. Die Verwechslungsmöglichkeit zweier Wortzeichen ist zwar nicht schon dann für ausgeschlossen zu erachten, wenn diese, nebeneinander betrachtet, sich genügend unterscheiden, ausschlaggebend ist vielmehr, ob derjenige, der die eine Bezeichnung in der Erinnerung hat, bei dem Wahrnehmen, Hören oder Sehen der anderen Bezeichnung in den Irrtum versetzt werden kann, er habe jene ihm schon bekannte Bezeichnung vor sich. Das aber muß verneint werden.

Die Bezeichnung „Stärkin" und „Stärkolin" sind beide von dem gemeinsamen Wortstamme „Stärke" abgeleitet und wollen beide zulässiger Weise auf die Zweckbestimmung der so bezeichneten Ware hindeuten, die darin besteht, die in den gegenwärtigen Kriegszeiten selten gewordene Stärke nach Möglichkeit zu ersetzen. Insoweit kann der Wortsinn des Zeichens „Stärkin" auf die beteiligten Verkehrskreise nicht anders wirken als der Wortsinn des Zeichens „Stärkolin". Diese Wirkung ist jedoch nur die Folge der Benutzung des nämlichen gemeinfreien Stammworts „Stärkin" und kann darum für sich allein nicht dazu führen, die Verwechslungsmöglichkeit anzunehmen, sie wäre nur dann zu bejahen, wenn auch die an das Stammwort angefügten Endungen einander so sehr ähnelten, daß der Gesamteindruck der beiden Bezeichnungen im wesentlichen derselbe bliebe, ihr Auseinanderhalten daher mindestens von einem Teile der in Frage kommenden Verkehrskreise nach durchschnittlichem Erinnerungsvermögen nicht erwartet werden könnte. So unbedeutend aber weichen die Endsilben „in" und „olin" nicht voneinander ab. Die knappe zweisilbige Bezeichnung „Stärkin" macht sowohl in ihrem Wortbild auf das Auge wie in ihrem Wortklang auf das Ohr einen erheblich anderen Eindruck als die breitere, langsamer dahinrollende Bezeichnung

„Stärkolin". Daß beide Worte übereinstimmend mit „in" endigen, hebt diese Verschiedenheit des Gesamteindrucks keineswegs wieder auf. Diese Verschiedenheit bleibt immer noch groß genug, um auch den minder gebildeten und minder aufmerksamen Abnehmern nicht wohl entgehen zu können: auch ihnen ist, wie die ersten Richter zutreffend unterstellen, zumal in der jetzigen Kriegszeit, wofür so viele Waren eine Mehrzahl von minderwertigen Ersatzmitteln auf dem Markte erschienen und darum die Aufmerksamkeit beim Einkauf allgemein gesteigert ist, unbedenklich zuzutrauen, daß sie die beiden Beziehungen unterscheiden werden, sobald sie darauf, von wem die bezeichnete Ware erzeugt ist, irgend welches Gewicht legen. Wären dieselben Endungen an ein mehr oder minder nichtssagendes und darum selbständiger in der Erinnerung haftendes Phantasiewort als Stammwort angefügt, so würde (wie seinerzeit bei Delecta — Delecina) die Verwechslungsgefahr näher gerückt sein. Hier wo dies das gemeinsame Stammwort „Stärke" um seiner kennzeichnenden Bedeutung willen für die Benennung von solche ersetzen sollenden Erzeugnissen schwer entbehrt werden kann, erscheint die Unterscheidungskraft ausreichend, weil da jedermann genötigt und gewöhnt ist, auf die unterscheidenden Endungen besonders zu achten. Allzustrenge Anforderungen an die Unterscheidungskraft können gegenüber der Gemeinsamkeit eines auf die Zweckbestimmung hinweisenden Stammworts naturgemäß nicht gestellt werden. (Vgl. auch den Beschl. des Pat.-Amts v. 5. Juli 1915 in Markfch. Wettbew. 15. Jahrgg., 35, wo die hinter dem Wortstamme „Pheno" mit demselben Vokale ausgehenden Worte „Phenosan" und „Phenola" als genügend unterscheidbar angesehen werden, ferner Markfch. Wettb. 16. Jahrgg., 209.)

In der Berufungsverhandlung hat der Kläger seine Klagansprüche hilfsweise noch auf sein Warenzeichen „Stärkon" gestützt. In dieser neuen Klagbegründung liegt eine Klagänderung, die mangels Einwilligung der Beklagten unstatthaft ist (§ 527 ZPO.).

Im übrigen wäre den Endsilben „on" und „olin" aus den vorstehenden Erwägungen gleichermaßen genügende Unterscheidungskraft beizumessen, sodaß auch insoweit eine Verwechslungsgefahr nicht vorliegen würde".

Urteil des OLG. Dresden (3. Sen.) v. 23. Okt. 1918. L. (Kl.) w. Bl. & H. 3095/18. L.

II. Verfahren.

93. Kosten des Nebenintervenienten, wenn die Hauptparteien sich in der Berufungsinstanz verglichen haben.

Vgl. 73 Nr. 146. 147 m. Nachw.

ZPO. §§ 101. 98. 66.

Zwischen den Hauptparteien des Rechtsstreits, in dem G. und S. dem Kläger als Nebenintervenienten beigetreten waren, wurde in der

Berufungsinstanz ein Vergleich geschlossen, inhaltsdessen jede Partei die Hälfte der erstinstanzlichen Kosten und der Gerichtskosten zweiter Instanz, sowie ihre eigenen Anwaltskosten zweiter Instanz zu tragen hatte. Die Nebenintervenienten beantragten Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention. Das Ber.-Gericht legte die in erster Instanz entstandenen Kosten der Beklagten, die in zweiter Instanz entstandenen je zur Hälfte der Beklagten und den Nebenintervenienten auf.

Gründe des Ber.-Urteils:

„Nachdem der Prozeß unter den Hauptparteien durch Vergleich erledigt ist, ist über die Kosten der beiden Nebenintervenienten in Gemäßheit des Vergleiches zu entscheiden (§§ 98, 101 ZPO.).

Die beiden Nebenintervenienten sind dem Kläger beigetreten. Nach dem Vergleiche hat die Beklagte die Kosten der ersten Instanz übernommen. Sie trägt also auch die den Nebenintervenienten in der ersten Instanz erwachsenen Kosten.

Was die Kosten der zweiten Instanz betrifft, so soll jede Partei ihre Anwaltskosten tragen. Da die Anwaltskosten beider Parteien sich der Höhe nach nicht unterscheiden werden, so sind die Kosten der Nebenintervenienten zur Hälfte von der Beklagten, zur Hälfte von den Nebenintervenienten zu tragen. Es ist unrichtig, daß die Nebenintervenienten ihre Anwaltskosten ganz zu tragen hätten. Das wäre nur dann der Fall, wenn die ganzen Anwaltskosten der Parteien den Kläger träfen.

Die Gerichtskosten der zweiten Instanz sind geteilt. Daraus ergibt sich, daß auch die Gerichtskosten der zweiten Instanz zur Hälfte der Beklagten, zur Hälfte jedem der Nebenintervenienten zur Last fallen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 21. Dez. 1918. L. u. Gen. w. A. Bf. III. 82/18. B.

---

94. Die bei Zustellungen im Auslande zulässige öffentliche Zustellung ist nicht auch bei Zustellungen im besetzten deutschen Gebiet anwendbar.

ZPO. § 203 Abs. 2.

„Die Anordnung einer öffentlichen Zustellung bringt für denjenigen, für den sie bestimmt ist, eine erhebliche Gefahr mit sich, und zwar die Gefahr, daß für ihn die Rechtsfolgen der Zustellung eintreten, ohne daß er von der Zustellung erfahren hat. Indem das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen statt einer Zustellung im Auslande oder in der Wohnung eines Exterritorialen die öffentliche Zustellung zuläßt, läßt es aus leicht verständlichen Gründen das Interesse der im Auslande rc. weilenden Personen hinter das Interesse der im Inlande sich aufhaltenden Personen zurücktreten. Denjenigen, die in den vom Feinde nicht

besetzten deutschen Gebieten weilen, die gleiche Vorzugsbehandlung gegenüber Deutschen, die im besetzten Gebiete wohnen, zu gewähren, müßte unbillig erscheinen. Es fehlt dafür an einem rechtfertigenden Grunde. Richtig ist, daß es für den Beklagten nachteilig ist, wenn er an die Firma N. & B. in Zweibrücken den Streit nicht verkünden kann, weil dieser Ort vom Feinde besetzt ist. Vom Standpunkte des Rechts aber müssen die Interessen der Deutschen hüben und drüben gleich gewogen werden. Deswegen würde es unrichtig sein, die Bestimmung § 203 Abs. 2 ZPO. ausdehnend auszulegen und auch auf eine Zustellung anzuwenden, die im besetzten Teile Deutschlands erfolgen soll."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 28. Jan. 1919. J. C. w. R. L. Bs. Z. VI. 4/19. Nö.

---

95. Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags auf Erlaß eines Versäumnisurteils. Keine Zurückweisung eines Rechtskonsulenten nach durchgeführter Verhandlung.

ZPO. §§ 336. 157.

„Die klägerische Nachlaßmasse, vertreten durch den Nachlaßverwalter B., ließ im Termin vom 4. Febr. 1919 vor dem Amtsgericht Hamburg durch den Rechtskonsulenten K. eine Klage aus Lieferung von Waren vortragen und gegen den nicht erschienenen Beklagten den Erlaß des Versäumnisurteils beantragen. Da die Legitimation der Klägerin nicht vorgelegt wurde, setzte das Gericht Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 11. Febr. 1919 an und gab dem klägerischen Vertreter auf, sich bis dahin zu legitimieren. Diese Legitimation wurde beigebracht. Am gleichen Tage hob das Gericht den Beschluß auf und beraumte neuen Termin zur Verhandlung auf den 28. Febr. 1919 an, da sich nachträglich herausgestellt habe, daß der Rechtskonsulent K. beim Amtsgericht Hamburg nicht zugelassen sei. Die sofortige Beschwerde der Klägerin wurde vom Beschwerdegericht als unzulässig verworfen, da durch § 157 Abs. 3 ZPO. eine Anfechtung der Anordnung des Amtsgerichts ausgeschlossen sei.

Die weitere sofortige Beschwerde hatte Erfolg. Aus den Gründen:

„Ein selbständiger neuer Beschwerdegrund ist für die Klägerin darin gegeben, daß das Landgericht, wie ohne weiteres einleuchtet, die Beschwerde zu Unrecht auf Grund von § 157 Abs. 3 ZPO. verworfen hat. Denn die Beschwerde der Klägerin richtete sich garnicht gegen die Zurückweisung des Geschäftsagenten K., sondern gegen die Aufhebung des für die Verkündung einer Eintscheidung anberaumten Termins. In dieser Beziehung kommt für die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde § 336 ZPO. in Betracht. Wenn hier die sofortige Beschwerde gegen

den den Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils zurückweisenden Beschluß zugelassen wird, so ist dem der Fall gleichzustellen, daß ohne einen besonderen Ablehnungsbeschluß von Amts wegen die Vertagung der Sache angeordnet wird (vgl. Gaupp-Stein zu § 336). So liegt aber der Fall hier. Denn dadurch, daß das Amtsgericht den bereits zur Verkündung einer Entscheidung anberaumten Termin aufhob und neuen Termin zur Verhandlung anberaumte, hat es stillschweigend den der Klägerin auf Grund des Versäumnisses des Beklagten erwachsenen Anspruch auf Erlaß des Versäumnisurteils abgelehnt. Ebenso wie hiernach aber die sofortige Beschwerde der Klägerin zulässig war, ist sie auch begründet. Denn wenn auch das Amtsgericht nach § 157 ZPO. den Rechtskonsulenten K. als Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zurückweisen konnte, so ist eine solche Zurückweisung doch nicht mehr möglich, nachdem das Amtsgericht K. bereits zugelassen und die Verhandlung durchgeführt hatte. Für eine Zurückweisung des Prozeßbevollmächtigten war nach Schluß der Verhandlung kein Raum mehr. Von einer allgemeinen Unfähigkeit des Geschäftsagenten zum Auftreten vor Gericht, an die das Amtsgericht, das von einer „Nichtzulassung" des K. beim Amtsgericht spricht, zu denken scheint, kann nach Lage der Gesetzgebung nicht die Rede sein. Vielmehr „kann" das Gericht derartige Bevollmächtigte nur zurückweisen."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 15. März 1919. J. J. Nachl. w. E. L. Bs. Z. VI. 27/19. Nö.

---

96. Der auf Grund der §§ 529 Abs. 3, 540 ZPO. geschehene Vorbehalt der Geltendmachung der Aufrechnung enthält regelmäßig keine Feststellung der Zulässigkeit der Aufrechnung.

Vgl. 66 Nr. 175.
ZPO. §§ §§ 529 Abs. 3; 540.

Auf die Nichtigkeitsklage der P.schen Erben wurde ein gegen den Erblasser P. von der A.Bank erwirktes rechtskräftiges Urteil aufgehoben, die Klage abgewiesen und die A.Bank zur Rückzahlung des auf Grund des nichtigen Urteils beigetriebenen Betrags verurteilt, wobei der Bank die Geltendmachung der erst in der Berufungsinstanz erklärten Aufrechnung mit einer angeblichen Gegenforderung vorbehalten wurde. Im Nachverfahren hielt das OLG. seine frühere Entscheidung als vorbehaltlose aufrecht, weil gegenüber dem von den Nichtigkeitsklägern erhobenen prozessualen Erstattungsanspruche eine Aufrechnung unzulässig sei. Die Revision, die geltend machte, daß durch das Vorbehaltsurteil die Zulässigkeit der Aufrechnung als rechtskräftig festgestellt anzusehen sei, wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

— — — „Wenn dem Vorbehalt die Bedeutung zukäme, daß damit die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber dem Anspruche der

Nichtigkeitskläger festgestellt worden ist, so würde diese Feststellung auch für das Nachverfahren bindend sein und die Aufrechnungseinrede nicht mehr wegen Unzulässigkeit der Aufrechnung zurückgewiesen werden können. Tätsächlich kommt indessen dem auf Grund der §§ 529 Abs. 3, 540 ZPO. gemachten Vorbehalt regeluäßig eine derartige Bedeutung nicht zu.

Die Vorschrift des § 529 Abs. 3 stellt sich als eine Ausnahme von der Vorschrift des § 529 Abs. 1 dar, nach der in der Berufungsinstanz Verteidigungsmittel, die in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, vorgebracht werden dürfen. Diese Ausnahme ist im Interesse des Klägers bestimmt und bezweckt, einer Verschleppung der Entscheidung über die Klageforderung durch verspätete Geltendmachung von Gegenforderungen vorzubeugen. Die Zurückweisung der Aufrechnungseinrede ist daher nicht erforderlich, wenn die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung spruchreif ist und ihre Berücksichtigung demnach keine Verzögerung der Entscheidung bedingt. Stellt sich also die Gegenforderung ohne weiteres als unbegründet oder eine Aufrechnung gegenüber der Klageforderung als unzulässig dar, so kann über die Aufrechnungseinrede sofort sachlich entschieden werden (RG. in SeuffA. 66 Nr. 175). Daraus kann aber nicht mit der im Schrifttum mehrfach vertretenen Ansicht (Stein Kom. Bem. III zu § 540; Skonietzki Kom. Anm. 6 zu § 541 ZPO.) gefolgert werden, daß in einer gemäß §§ 529 Abs. 3, 540 ZPO. erfolgenden Zurückweisung der Aufrechnungseinrede stets eine die Zulässigkeit der Aufrechnung feststellende Entscheidung zu finden ist, an die das Berufungsgericht im Nachverfahren gebunden ist. Enthielte der Vorbehalt der Einrede stets eine dahingehende positive Feststellung, so würde der Kläger genötigt sein, sich auf die Einrede insoweit einzulassen, als zur Bekämpfung ihrer Erheblichkeit erforderlich und möglich ist, weil er sonst mit seiner dahin zielenden Verteidigung im Nachverfahren zufolge der Bindung des Berufungsgerichts an seinen Ausspruch über die Erheblichkeit der verspäteten Aufrechnungseinrede ausgeschlossen sein würde. Daß aber dem Kläger eine Pflicht zur Einlassung auf die Einrede in dem angegebenen Umfange hat auferlegt werden sollen, muß nach dem Zwecke der Vorschrift des § 529 Abs. 3 als ausgeschlossen gelten, zumal auch eine derartige Einlassung vielfach eine Verzögerung des Prozesses bedingen würde. Der Sinn des § 529 Abs. 3 ist vielmehr der, daß der Beklagte wegen der schuldhaften Verspätung seines Vorbringens damit ohne Einwillung des Klägers bei der Entscheidung über die Klage nicht zu hören ist, der Kläger sich also darauf beschränken kann, der Berücksichtigung der Einrede zu widersprechen. Die Prüfung des Berufungsgerichts, ob die Einrede sofort als sachlich unbegründet zu verwerfen oder deren Geltendmachung dem Beklagten gemäß §§ 529 Abs. 3, 540 vorzubehalten ist, kann sich hiernach regelmäßig nur darauf erstrecken,

ob sich die Einrede nach dem Vorbringen des Beklagten ohne weiteres als unbegründet erweist. Der Vorbehalt der Einrede im Urteil enthält demgemäß nur den negativen Ausspruch, eine Feststellung ihrer Unerheblichkeit lasse sich nach dem vorliegenden Sachverhalt nicht ohne weiteres treffen. Damit wird die Entscheidung auch über die Erheblichkeit der Einrede in vollem Umfange dem Nachverfahren vorbehalten und weder der Kläger in seiner Verteidigung gegenüber der Einrede beschränkt, noch auch das Berufungsgericht an seine Begründung für die Anwendung des § 529 Abs. 3 ZPO. gebunden. Denn wie die Rechtskraft überhaupt, so tritt auch die Bindung des Gerichts gemäß § 318 BGB. nur hinsichtlich der gefällten Entscheidung, nicht hinsichtlich der dafür gegebenen Begründung ein. Nun ist allerdings die Begründung zur Erläuterung des Urteilsausspruchs heranzuziehen, und es wäre vielleicht denkbar, daß sich aus der Begründung eines Vorbehaltsurteils die Absicht des Gerichts ergeben könnte,' die Zulässigkeit der Aufrechnung endgültig festzustellen. Ob eine derartige endgültige Entscheidung über ein einzelnes Element der Aufrechnungseinrede nach Art eines Zwischenurteils mit dem Zweck und der Natur des Vorbehaltsurteils im oben dargelegten Sinne überhaupt vereinbar und deshalb zulässig sein würde und ob es dann nicht wenigstens eines besonderen Ausspruchs darüber in der Entscheidungsformel selbst bedürfte, kann zweifelhaft sein, jedoch gegenwärtig dahingestellt bleiben. Denn es muß als ausgeschlossen angesehen werden, daß im vorliegenden Falle das Berufungsgericht beabsichtigt haben sollte, mit dem Ausspruche des Vorbehalts der Einrede die Zulässigkeit der Aufrechnung endgültig in bindender Weise festzustellen." — — —

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. Dez. 1918. A. Bank w. P. (OLG. Dresden). IV. 305/18.

---

97. Zulässigkeit einer Beschwerde gegen Beschlüsse über einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Vgl. 52 Nr. 273; 60 Nr. 112.
ZPO. §§ 707, 719, 793.

Das die Beklagte zur Zahlung verurteilende Erkenntnis des Amtsgerichts war gegen Sicherheitsleistung der Klägerin für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Beklagte legte Berufung ein und beantragte ohne nähere Begründung die Zwangsvollstreckung aus dem angefochtenen Urteil einzustellen. Das Landgericht ordnete die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung an. Die Beschwerde hatte Erfolg. Aus den Gründen:

„Die Beschwerde muß zunächst trotz der auch in den Fällen des § 719 ZPO. anwendbaren Vorschrift des § 707 ZPO. für zulässig erachtet werden. Denn, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung

angenommen hat, (vgl. Gruchot 31, 108; 37, 401; RGEntsch. 32, 394; 37, 411 (in SeuffA. 52 Nr. 273); 47, 419) kann die Beschwerde zwar nicht eingelegt werden, um geltend zu machen, daß das Gericht das Ermessen, in welches die § 707 Abs. 1 genannten Maßnahmen gestellt sind, unrichtig angewendet habe, wohl aber kann im Beschwerdewege gerügt werden, daß das Gericht zu unrecht das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 707 bezw. 719 verneint und deshalb den gestellten Antrag abgelehnt habe, oder anderseits auch, daß das Gericht den § 707 in einem Falle angewendet haben, für welchen er nicht gegeben sei. Nicht minder kann, wie in dem vom RG. im Jur. W. 1898, 284[28] erörterten Falle, die Beschwerde darauf gestützt werden, daß in einem Falle, in welchem die Voraussetzungen des § 707 (719) an sich vorliegen, eine einzelne dort genannte Maßregel in einem Falle getroffen ist, in welchem sie nicht zulässig ist; damals war gerügt, daß eine Aufhebung bereits getroffener Vollstreckungsmaßregeln ohne Sicherheit angeordnet war, was das Gesetz ausdrücklich ausschließt. Diesem vom Reichsgericht entschiedenen Falle liegt der gegenwärtige ähnlich. Die Beschwerde ist hier darauf gestützt, daß das Landgericht die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung, eine an sich zulässige Maßnahme, in einem Falle angeordnet hat, in welchem sie vom Gesetz nicht gestattet ist. Nach diesem (§ 707 Abs. 1 Satz 2) ist die Einstellung ohne Sicherheitsleistung nur zulässig wenn glaubhaft gemacht ist, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Die Beklagte hat nicht einmal behauptet, daß sie durch die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleiden würde; auch sonst liegt nichts dafür vor, zumal ja auch die Klägerin nur vollstrecken kann, wenn sie ihrerseits Sicherheit leistet. Das Landgericht selbst hat in dem Beschlusse nichts darüber gesagt und offenbar dem Gesetze zuwider angenommen, daß die getroffene Maßregel schlechthin zulässig sei. Die Entscheidung des RG. in J. W. 1907, 840[20] sowie diejenige des bayer. OLG. in SeuffA. Bd. 60 Nr. 112 stehen nicht entgegen. Denn in diesen beiden Fällen war nicht ausgeschlossen, daß die Vorinstanzen auf Grund sachlicher Erwägungen die Gefahr nicht zu ersetzender Nachteile für vorliegend erachtet hatten, es trat nicht zu Tage, daß sie dies Erfordernis für überflüssig erachtet hatten, wenn sie sich darüber auch nicht ausgesprochen hatten.

Wie sich aus den vorstehenden Erörterungen ergibt, ist die Beschwerde auch begründet. Der angefochtene Beschluß ist daher aufzuheben, und es ist die Einstellung der Zwangsvollstreckung dem Antrage der Klägerin gemäß von der Leistung einer Sicherheit durch die Beklagte abhängig zu machen."

Beschluß des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 16. April 1919. B. & Co. (Kl.) w. H. & J. 12a. S.A. 1. 19. K—n.

---

98. Kein Erlaß der Strafen nach § 890 ZPO. durch Begnadigung.

ZPO. § 890.

Wegen Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, wurde der Beklagte gemäß § 890 ZPO. vom Landgericht rechtskräftig zu einer Geldstrafe von 500 M verurteilt. Mit Schreiben an die Staatsanwaltschaft machte er Unzulässigkeit dieses Strafausspruchs geltend, weil er bezüglich dieser Strafe unter die letzten Gnadenerlasse falle, und beantragte auch Niederschlagung der Kosten. Mangels Zuständigkeit gab der Staatsanwalt dieses Gesuch an das Prozeßgericht ab, das darin Einwendungen nach § 766 ZPO. erblickte und diese zurückwies. Die sofortige Beschwerde blieb erfolglos. Aus den Gründen:

„Die Strafe aus § 890 ZPO. ist keinesfalls rein krimineller, sondern zum mindesten gemischter Natur. Sie dient neben dem Strafzweck zugleich auch als Zwangsmittel zur Erfüllung des Urteils und damit zur Befriedigung des Gläubigers (RGEntsch. 38, 422; 43, 396; Rspr. OLG. 1, 91; 19, 129, und insbes. den Aufsatz in J. W. 1911, 205).

Diese Natur steht einem gnadenweisen Erlaß im Weg, da solcher einen Eingriff in Privatrechte bedeuten würde. Wollte man aber gnadenweisen Erlaß auch in diesen Fällen grundsätzlich zulassen, so würde die Strafe im vorliegenden Fall durch die Amnestie vom 22. Nov., bezw. 3. und 16. Dez. 1918 doch nicht getroffen. Aus Sinn und Wortlaut ergibt sich zweifelsfrei, daß diese Gnadenerlasse nur Strafverfahren und Straftaten (Übertretungen und Vergehen), die Verfehlungen gegen die allgemeinen bürgerlichen Strafgesetze und rein kriminelle Strafen im Auge haben. Darum auch die gesonderte Aufführung des Dienststrafverfahrens und des ehrengerichtlichen Verfahrens, die sonst nicht nötig gewesen wäre. Um so mehr hätte Anlaß bestanden, die — auf noch entfernterem Gebiet liegenden — zivilprozessualen Strafen zu erwähnen, falls sie einbezogen werden wollten.“ — — —

Beschluß des OLG. zu München (3. Sen.) v. 21. Jan. 1919. L. w. F. Beschw. Anz. 13/1919. F---z.

---

99. Die Freigabe von Gegenständen aus der Konkursmasse erfordert eine empfangsbedürftige Erklärung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner; § 1148 Satz 1 BGB. stellt eine unwiderlegbare Fiktion auf.

KO. §§ 6. 114; BGB. § 1148.

Die Klägerin nahm auf Grund zweier Hypotheken den Verwalter im Konkurse des eingetragenen Eigentümers Elias Z., der das belastete Grundstück in der Zwangsversteigerung erworben hatte, mit der dinglichen Klage auf Zahlung in Anspruch. Der beklagte Verwalter bestritt seine Passivlegitimation, weil er das Grundstück nicht zur Konkursmasse

gezogen habe und weil ferner der Gemeinschuldner trotz seiner Eintragung nicht Eigentümer des Grundstücks geworden sei, da er bei der Abgabe des Meistgebots, auf Grund dessen ihm der Zuschlag erteilt worden sei, infolge Geisteskrankheit geschäftsunfähig gewesen sei. Beide Einwände wurden verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„In Übereinstimmung mit dem Landgericht hat das Berufungsgericht angenommen, daß der beklagte Konkurs-Verwalter ... der richtige Beklagte sei. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verlor Elias Z. die Verfügungsbefugnis über sein ihm damals gehöriges, der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen (§§ 1, 6 K.O.) und damit über sein bezeichnetes, einen Bestandteil dieses Vermögens bildendes Grundstück. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht darüber wurde fortan durch den Konkursverwalter ausgeübt (§ 6 Abs. 2), der deshalb auch für alle Ansprüche aus dinglichen Rechten an dem Grundstücke der richtige Beklagte ist. Daß der Konkursverwalter „das Grundstück zur Masse gezogen", oder gemäß dem § 117 K.O. in Besitz und Verwaltung genommen hat, ist dazu nicht erforderlich. Wohl aber ist der Konkursverwalter nach dem angezogenen § 6 Abs. 2 in der Lage, zur Konkursmasse gehörige Sachen, insbesondere auch das Grundstück, — unbeschadet der in § 82 K.O. verordneten Verantwortlichkeit — aus der Masse freizugeben. Es ist dies in § 114 K.O. vorausgesetzt, in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt anerkannt (vgl. RGEntsch. Bd. 60, 108/9; 79, 29) und vom Berufungsgericht auch nicht verkannt. Mit Recht nimmt dieses indes weiter an, daß dazu eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner erforderlich ist. Dies folgt schon daraus, daß es sich dabei um eine Regelung der Rechtsbeziehungen eben des Verwalters und des Gemeinschuldners mit Bezug auf jene Vermögensmasse handelt; es wird im Schrifttum namentlich von Jaeger (5. Aufl. Anm. 44 zu § 6 K.O.) und unter Bezugnahme auf ein Urteil des OLG. Hamburg von Willenbücher (3. Aufl. Anm. 5 Abs. 2 zu § 6 K.O.) vertreten und ist auch bereits vom Reichsgericht anerkannt (RGEntsch. 60, 108; Lpz. Ztschr. 1914, 1720 Nr. 6). Eine Erklärung des Konk.-Verwalters gegenüber einem anderen als dem Gemeinschuldner, im gegebenen Falle das Schreiben des Verwalters an die Klägerin vom 13. März 1918, konnte den Bestand der Konkursmasse und die Verfügungsbefugnisse des Verwalters und des Gemeinschuldners mit Bezug auf das dazu gehörige Grundstück nicht ändern, und mit Unrecht meint die Revision, daß der Gemeinschuldner, wenn mit der dinglichen Klage belangt, angesichts des Schreibens vom 13. März 1918 nicht mit der Einrede gehört werden könnte, der Konkurs sei ausgebrochen, und die Verfügung über das Grundstück stehe dem Konk.-Verwalter zu, und daß das Schreiben die „möglicherweise vorher vorhandene Passivlegitimation" des Verwalters beseitigt

habe. Richtig ist, daß der § 265 ZPO. der letzteren Ansicht nicht entgegenstehen würde (vgl. RGEntsch. 79, 30/31); es kommt hierauf indes nicht an, und dahingestellt kann bleiben, ob das Berufungsgericht recht auch damit hat, daß es die Erklärung, durch die der Verwalter einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überläßt, als Verzicht auffaßt.

Ohne Grund greift die Revision sodann die Feststellung des Berufungsgerichts an: der Beklagte habe weder in erster Instanz, noch ungeachtet der an ihn gerichteten Frage in zweiter Instanz behauptet, daß er dem Gemeinschuldner oder dessen Vormunde gegenüber die Freigabe des Grundstücks erklärt habe (wird ausgeführt). — — —

Der Einwendung gegen die Klage, die der Beklagte auf die Behauptung stützt: der Gemeinschuldner sei zu der Zeit, als er das Meistgebot abgab und den Zuschlag erhielt, geisteskrank und geschäftsunfähig gewesen, er sei deshalb nicht Eigentümer des Grundstücks geworden, begegnet das Berufungsgericht mit dem § 1148 BGB. Danach gilt bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek zugunsten des Gläubigers der im Grundbuch als Eigentümer Eingetragene als der wirkliche Eigentümer. Die auf einem Beschluß der II. Kommission beruhende Vorschrift bezweckt, dem Hypothekengläubiger die Verfolgung seines dinglichen Anspruchs zu erleichtern. Sie entspricht dem sich auf die Kündigung der Hypothek beziehenden § 1141 Satz 2 BGB. und stellt, wie dieser, zugunsten des Gläubigers hinsichtlich der Eigentumseintragung nicht nur eine widerlegbare Vermutung, sondern — über den § 891 hinausgehend — eine unwiderlegliche Fiktion auf. Der eingetragene Eigentümer wird gegenüber der hypothekarischen Klage mit dem Einwand, er sei nicht der wahre Eigentümer, seine Eintragung sei zu Unrecht erfolgt, gar nicht gehört. Allerdings wahrt der 2. Satz des § 1148 dem nicht eingetragenen wahren Eigentümer die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen; diese müssen aber gegen den Gläubiger mittels besonderer Klage geltend gemacht werden und kommen keinesfalls dem als Eigentümer Eingetragenen oder dem infolge der Eröffnung des Konkurses an seiner Stelle stehenden Konkursverwalter zu (vgl. Prot. der II. Komm. bei Mugdan Bd. 3 S. 816, Turnau und Foerster Liegenschaftsrecht 3. Aufl. Anm. zu § 1148, Komm. der RGRäte 2. Aufl. Anm. zu dems. §).

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 19. Okt. 1918. St. w. F. (KG. zu Berlin). V. 176/18. Auch in Entsch. 94 Nr. 14 S. 55.

I. Bürgerliches Recht.

100. Genehmigung eines unwirksamen Vertrags durch bloßen Zusatz eines neuen Datums unter die Vertragsurkunde; das Datum bildet eine Urkunde i. S. des § 592 ZPO.

BGB. § 108 Abs. 3. ZPO. § 592.

Laut Schuldscheines vom 18. Mai 1907 bekannten der damals noch minderjährige Beklagte und seine Mutter, von der Klägerin ein Darlehen von 12000 M, verzinslich zu 4¼%, erhalten zu haben und solidarisch mit ihrem Vermögen für den Betrag zu haften. Beklagter erklärte noch besonders, daß er aus einer ihm etwa zufallenden Erbschaft zunächst für die Tilgung der Summe eintreten werde. Nach erreichter Volljährigkeit setzte er unter seine Unterschrift das Datum Cöln 26. November 1907. Nachdem der in dem Schein erwähnte Erbfall eingetreten war, erhob die Klägerin im Urkundenprozeß Klage gegen den Beklagten auf Zahlung von 12000 M. Der Klage wurde stattgegeben.

„Die Revision beharrt darauf, zu bestreiten, daß der Beklagte das unwirksame Rechtsgeschäft genehmigt habe. Das Berufungsgericht stellt jedoch tatsächlich fest, daß der Zusatz des neuen Datums am 26. November 1907 keine andere Bedeutung als die einer Genehmigung haben könne. Der Beklagte habe das neue Datum in Verbindung mit der Unterschrift gebracht und als Laie nicht die Übung der Rechtskundigen befolgt, die Unterschrift den Schluß des Schriftstückes bilden zu lassen. Durch Vorlegung des Schuldscheins habe die Klägerin den Beweis für ihre Klagebehauptungen voll erbracht. Den Gegenbeweis habe der Beklagte nicht einmal versucht. Wenn er erkläre, er habe vorgehabt, außer dem neuen Datum auch noch seine Unterschrift auf den Schein zu setzen, nach der Niederschrift aber Bedenken bekommen und seinen Namen nicht noch einmal geschrieben, sondern den Schein unvollzogen zurückgegeben, so seien diese Behauptungen durch die Urkunde selbst widerlegt. Denn, wie der Augenschein ergebe, sei es am 26. November 1907 wegen des engen Raumes unter seiner Unterschrift vom 15. Mai 1907 von vornherein ausgeschlossen gewesen, daß er, wenn er das neue Datum dorthin setzte, noch seinen Namen hätte darunter schreiben können. Darüber habe er bereits, als er mit dem Schreiben des neuen Datums begann, nicht im Zweifel sein können. Aus der Stellung, die der Beklagte dem neuen Datum gegeben, sei daher mit Sicherheit zu folgern, daß er nicht die Absicht hatte, mehr als es zu schreiben, offenbar, weil er die Wiederholung seiner Unterschrift für überflüssig gehalten habe.

Die Revision wendet ein, die Urkunde enthalte kein Wort von einer Genehmigung; mit Unrecht bürde daher das Berufungsgericht dem Beklagten den Gegenbeweis auf. Die Genehmigung könne zwar stillschweigend geschehen, sei aber eine vollbewußte, in sich abgeschlossene Rechtshandlung, kein Bruchstück einer solchen.

Die Rüge ist nicht begründet. Die Genehmigung im Sinne des § 108 Abs. 3 BGB. bedarf keiner Form. Sie setzt natürlich voraus, daß der Genehmigende die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes kennt und sie heilen will. Hierüber hat sich das Berufungsgericht nicht ausgelassen, brauchte es auch nicht. Denn der Beklagte hat nicht bestritten, daß er von der Unwirksamkeit des Darlehensgeschäftes vom 15. Mai 1907 Kenntnis gehabt hat; aus seiner Verteidigung ergibt sich vielmehr, daß er die Absicht gehabt hat, die Unwirksamkeit durch Wiederholung seiner Unterschrift zu beseitigen und das Geschäft zu genehmigen. Er will nur nach dem Zusatz des neuen Datums diese Absicht wieder aufgegeben und das Schriftstück seiner Mutter mit den Worten zurückgegeben haben, er genehmige es nicht. Das Berufungsgericht glaubt ihm jedoch nicht, sondern ist überzeugt, daß er lediglich durch Beifügung des neuen Datums den Darlehensvertrag genehmigen wollte und genehmigt habe.

Das neue Datum bildet auch ohne Unterschrift eine Urkunde im Sinne des § 592 ZPO., erfüllt daher an sich das Erfordernis des urkundlichen Beweises nach Maßgabe dieser Vorschrift (RGEntsch. 2, 416). Ob das Gericht aus dem Zusatz des Datums folgern wollte, daß der Beklagte das Rechtsgeschäft genehmigt habe, was wiederum des Beweises durch Urkunde bedarf, unterstand seiner der Nachprüfung verschlossenen freien Beweiswürdigung, die auch den Urkundenprozeß in den Grenzen der §§ 592, 595, 598 ZPO. beherrscht (RGEntsch. 2, 417; 8, 45; 49, 374; JWSchr. 1894, 364)."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 12. Dez. 1918. D. w. C. (OLG. Cöln) VI. 251/18. Auch in Entsch. 95 Nr. 25 S. 70.

---

101. Wirksamkeit der letztwilligen Anordnung, daß der Testamentsvollstrecker bei Pfändung des dem Vorerben zustehenden Reinertrags am Erbteil befugt sein soll, statt der Auszahlung des Reinertrags Naturalverpflegung des Vorerben eintreten zu lassen.

Vgl. 40 Nr. 213.

BGB. §§ 135, 137, 2211, 2338; ZPO. § 863.

Der 1915 verstorbene Rentier M. hatte in seinem Testament sechs Erben, darunter seinen Sohn Paul M., eingesetzt, im Anschlusse daran jedoch bestimmt:

„Ich beschränke das Erbteil meines Sohnes Paul durch die Anordnung, daß nach seinem Tode seine gesetzlichen Erben das ihm Hinterlassene als Nacherben nach dem Verhältnisse ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen und daß die Verwaltung des Erbteils für die Lebenszeit meines Sohnes Paul durch meine Testamentsvollstrecker ge-



schehen soll. Der jährliche Reinertrag des Erbteils meines Sohnes Paul soll weder abtretbar noch pfändbar sein. Sollte doch eine Abtretung oder Pfändung erfolgen, so fallen die betreffenden Beträge an meine Testamentsvollstrecker mit der Auflage, dieselben zur Naturalverpflegung meines Sohnes Paul und dessen Familie zu verwenden".

Die Kläger hatten wegen vollstreckbarer Forderungen gegen Paul M. dessen „Miterbteil bzw. Nießbrauch" insbesondere den ihm gegen seine Miterben bzw. gegen die Testamentsvollstrecker zustehenden Anspruch auf Herausgabe des Erbanteils bzw. Nießbrauchs und auf Auseinandersetzung des Nachlasses pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Sie klagten gegen die Testamentsvollstrecker auf Anerkennung, daß sie berechtigt seien, sich nach Maßgabe der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse und ihrem Rangverhältnis aus dem Reinertrage des dem Schuldner zustehenden Nachlaßanteils zu befriedigen, jedoch mit der Einschränkung, daß dem Schuldner 6000 ℳ zum standesgemäßen Unterhalte verbleiben.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Annahme des Berufungsgerichts, daß die Anordnung, durch die der Erblasser seinen Sohn Paul in der dort näher bezeichneten Weise in der Verfügung über den Reinertrag seines Erbanteils beschränkt hat, als rechtswirksam zu erachten sei, ist beizutreten.

Die Wirksamkeit der Anordnung kann zunächst nicht deshalb in Frage gestellt werden, weil § 2338 BGB. vorschreibt, daß dem in guter Absicht Enterbten im Fall der Ernennung eines Testamentsvollstreckers der Reinertrag des ihm Hinterlassenen zur freien Verfügung bleiben muß. Denn diese Bestimmung würde nur dann von Bedeutung sein, wenn der Schuldner Paul M. die Erbschaft mit der ihm auferlegten Beschränkung anzunehmen sich geweigert hätte. Ebensowenig kann dem Revisionskläger der Hinweis auf § 863 ZPO. nützen. Denn dort ist nur ausgesprochen, daß im Falle der Pfändung des dem Schuldner nach § 2338 gebührenden Reinertrages dessen Recht auf den standesgemäßen Unterhalt gewahrt bleiben muß, nicht aber daß die Pfändung des Reinertrages in diesen Grenzen unter allen Umständen für den Gläubiger wirksam sei.

Ebensowenig kann die Gültigkeit der Anordnung unter Berufung auf § 137 Satz 1 BGB. bekämpft werden.

Allerdings könnte eine nach dieser Bestimmung unwirksame rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung dann in Frage kommen, wenn die Anordnung des Erblassers dahin ausgelegt würde, daß im Fall der Veräußerung oder Pfändung des Anspruchs auf die Reinerträge lediglich die veräußerten oder gepfändeten Beträge in die Verfügungsgewalt des Testamentsvollstreckers zurückfallen sollen, während im übrigen die Verfügungsgewalt des Bedachten bestehen bliebe. Zwar würde auch bei solcher Auslegung der Anordnung an-

zunehmen sein, daß der Erblasser die Veräußerung und Pfändung des dem Schuldner zustehenden Anspruchs auf den Reinertrag nicht schlechthin ausgeschlossen, vielmehr nur an die so vorgenommenen Rechtsakte die Wirkung geknüpft habe, daß die veräußerten oder gepfändeten Beträge an den Testamentsvollstrecker zurückfallen sollen mit der Maßgabe, daß sie nunmehr zur Naturalverpflegung des Bedachten verwendet werden sollen. Für die Beurteilung der rechtlichen Bedeutung einer solchen Anordnung würde es aber dann auf die Entscheidung der in der Rechtslehre streitigen Frage ankommen, ob durch einen rechtsgeschäftlichen Akt einem Veräußerungsverbot dadurch dringliche Wirkung verliehen werden kann, daß dem mit dem Verbot versehenen Geschäft eine entsprechende auflösende Bedingung hinzugefügt wird (vgl. Oertmann Allg. T. § 137, Bem. 2 b β).

Zu einer Stellungnahme in dieser Streitfrage bietet der vorliegende Rechtsstreit keinen Anlaß. Denn der Berufungsrichter legt, wie aus der Begründung des Urteils ersichtlich ist, die Anordnung des Erblassers dahin aus, daß im Falle der verbotwidrigen Veräußerung oder Pfändung dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zustehen soll, an Stelle der Auszahlung des Reinerlöses an den Bedachten dessen Naturalverpflegung eintreten zu lassen. Dieser Auslegung, die mit dem Wortlaut der Anordnung nicht in Widerspruch steht und einen verständigen Sinn gibt, vom Rechtsstandpunkt entgegenzutreten, liegt für das Revisionsgericht kein Anlaß vor. Mit einer Anordnung solchen Inhalts aber hat der Erblasser seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich auch die Verwaltung der Reinerträgnisse des Nachlasses zu übertragen und den Bedachten von vornherein in der Verfügung über diese Erträgnisse durch Veräußerung zu beschränken und sie vor dem Zugriff der Gläubiger zu sichern. Die sich hieraus ergebende Verfügungsbeschränkung des Bedachten ist kein selbständiges rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 137, Satz 1 BGB., vielmehr die gesetzliche Rechtsfolge der dem Testamentsvollstrecker eingeräumten Machtbefugnisse und daher als ein nach Maßgabe der §§ 2211, 135 BGB. kraft Gesetzes eintretendes und daher gültiges Veräußerungsverbot anzusprechen (vgl. Planck Bem. 4 zu § 2211; Prot. II Bd. I S. 215). Es kann sich nur darum handeln, ob die Übertragung so weitgehender Machtbefugnisse an den Testamentsvollstrecker, wie sie die Anordnung des Erblassers enthält, mit dem Wesen der Testamentsvollstreckung in Widerspruch steht. Die Frage ist zu verneinen. Das BGB. hat die Befugnis des Erblassers, den von ihm berufenen Erben in dessen Interesse durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers in der Verfügung über das ihm Hinterlassene zu beschränken — von dem Fall des § 2338 abgesehen — an keinerlei Grenzen gebunden. Er kann die Machtbefugnisse des verwaltenden Testamentsvollstreckers gegenüber dem Bedachten derart ausdehnen, daß der Bedachte überhaupt von der Verfügung über den hinterlassenen Erbteil und dessen Erträgnisse ausgeschlossen wird, sofern dadurch das

Interesse des Bedachten, dem das Institut der Testamentsvollstreckung dienen soll, in irgend einer Weise gewahrt wird. Er kann mit dem hiernach zulässigen Rechtsmittel auch die Zwecke erreichen, die regelmäßig nur im Wege der Entmündigung verwirklicht werden können. Auf dieser Grundlage ist aber auch die Rechtswirksamkeit einer Anordnung des Erblassers nicht zu beanstanden, die den Testamentsvollstrecker ermächtigt, dem Erben die Reinerträgnisse seines Erbteils, sei es von vornherein und unbedingt, sei es von einem gewissen Zeitpunkt ab oder unter gewissen Voraussetzungen nur in Form der Naturalverpflegung, zuzuwenden, mögen dadurch auch die Ansprüche der Gläubiger des Bedachten verkümmert werden. Wenn in der Literatur teilweise (vgl. Planck Bem. 6 zu § 2338, Leonhard Bem. VI C zu § 2338), unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 14, 279 ein abweichender Rechtsstandpunkt vertreten wird, so ist dem entgegenzuhalten, daß die in jener Entscheidung unter der Herrschaft des Preußischen Allgemeinen Landrechts ausgesprochenen Grundsätze schon in der Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate vom 13. Jan. 1890, Bd. 25, 291 ff. nicht mehr aufrecht erhalten sind. Sie können jedenfalls vom Standpunkt des geltenden Rechts keine Anerkennung finden."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 27. Jan. 1919. J. u. Gen. w. M. u. Gen. (KG. zu Berlin). IV. 188/18.

102. Erfüllungsweigerung setzt den Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit nicht in Verzug.

Vgl. 73 Nr. 218 m. N.; 196.
BGB. §§ 326, 287.

Die Beklagte rechnete gegen die Kaufpreisforderung für geliefertes Kammgarn mit einer vermeintlichen Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung auf, die sie mit der Nichtlieferung eines Teiles des gekauften Garnes begründete. Die Klägerin machte geltend, die Lieferung dieses Teiles sei ihr durch eine Beschlagnahmeverfügung der Militärbehörde unmöglich geworden. Das Ber.-Gericht nahm an, die Beschlagnahmeverfügung habe die Ausführung der erst am 9. Nov. 1914 fällig gewordenen Lieferungen zu $^{3}/_{4}$ unmöglich gemacht und billigte der Beklagten den Ersatz ihres Schadens nur zu einem Viertel zu. Die Revision der Beklagten hatte teilweise Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Die Revision der Beklagten führt aus, daß die Klägerin durch ihre grundsätzliche Erfüllungsweigerung v. 3. Okt. 1914 schon vor der, am 30. Okt. 1914 ihr zugegangenen, Beschlagnahmeverfügung in Verzug gekommen sei, die Beschlagnahmeverfügung deshalb der Beklagten gegenüber ohne Bedeutung sei. Dies trifft nicht zu. Die grundsätzliche Erfüllungsweigerung des Schuldners kann zwar die Fristsetzung des § 326 BGB. entbehrlich machen,

sie bewirkt aber nicht, daß der Schuldner mit der Leistung in Verzug gerät, ehe diese fällig wird. Der Schuldner haftet daher trotz einer solchen Erfüllungsweigerung für die durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung nach § 287 Satz 2 BGB. nur insoweit, als die Leistung vor Eintritt des Zufalls fällig geworden war. Das Berufungsgericht nimmt jedoch zu Unrecht an, daß die ausstehenden Lieferungen sämtlich erst nach dem 30. Okt. 1914 fällig geworden seien."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 28. Jan. 1919. L. w. Zw. Kammgarnspinnerei. (OLG. Dresden.) III. 315/18.

---

103. Der Vermieter kann Schadenersatzansprüche wegen vertragwidrigen Gebrauchs der Mietsache erst nach Ablauf des Mietvertrags geltend machen.

Vgl. 46 Nr. 15.
BGB. §§ 550, 556.

Der Beklagte hatte vom Kläger dessen Villa „zur Unterbringung von Bureau- und Unterkunftsräumen" gemietet. Er hatte die Villa zur Unterbringung der Technischen Versuchskommission verwandt, brachte aber dort gegen Ende Nov. 1915 die Kommandantur unter. Der Kläger behauptete, daß durch die Benutzung der Villa zu den Zwecken der Kommandantur die Räume viel stärker benutzt würden, als es nach dem Vertrage der Parteien vereinbart worden sei. Er forderte deshalb Schadenersatz. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Rechtsstellung des Vermieters bei einer vertragwidrigen Benutzung der Mietsache durch den Mieter ist gegeben durch die §§ 550, 556 BGB. Darnach kann der Vermieter bei einer vertragwidrigen Benutzung auf Unterlassung klagen, auch ist er berechtigt nach Beendigung des Mietverhältnisses die Rückgabe der Mietsache in dem Zustand zu verlangen, in dem sie sich bei vertraggemäßer Benutzung befinden muß. Außerdem haftet der Mieter nach den Grundsätzen des §§ 276, 278 BGB. bei vertragwidriger Benutzung auch für den durch ihn und seine Erfüllungsgehilfen schuldhaft verursachten Schaden.

Diesen Schadenanspruch macht der Kläger in erster Linie geltend. Dieser Klaganspruch ist jedoch verfrüht, da, abgesehen von den Fällen, in denen der Vermieter ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat, weil eine spätere Beseitigung nicht möglich sein würde, oder jedenfalls mit unverhältnismäßigem weiteren Nachteil für das Mietobjekt verbunden sein würde, der Ersatz des Schadens erst nach der Beendigung des Mietverhältnisses wird beansprucht werden können. (Vgl. Recht 1910 Nr. 1240, Örtmann und Staudinger zu § 550, Mittelstein ‚Die Miethe' § 47).

Dieser in der Lehre vertretenen Ansicht ist der Senat beigetreten. Denn, wie auch das RG. in seiner Entscheidung v. 17. Jan. 1890 (SeuffA. 46, Nr. 15),

die allerdings unter der Geltung des gemeinen Rechts ergangen, aber auch für das jetzt geltende Recht noch als maßgebend zu erachten ist, ausführt, wird sich der Regel nach erst nach dem Ablauf der Mietzeit entscheiden, ob ein verschuldeter Nachteil der Mietsache durch vertragwidrige Benutzung eingetreten ist, weil sich erst dann wird übersehen lassen, ob der Mieter die Mietsache in dem Zustand wird zurückgeben können, in dem sie sich nach vertragmäßiger und pfleglicher Benutzung befinden muß. Bis dahin wird der ordnungsmäßige Zustand wiederhergestellt und der erwachsene Schaden von dem Mieter wieder ausgeglichen werden können.

Im vorliegenden Falle hat der Kläger ein solches Interesse an der sofortigen Geltendmachung seines Ersatzanspruchs nicht dargetan. Nach der Schadensaufstellung des Architekten R. handelt es sich um Abnutzungsschäden, die mit gleicher Wirkung auch erst nach der Beendigung des Mietverhältnisses der Parteien ausgebessert werden können, ohne daß diese Hinausschiebung die Gefahr der späteren Unmöglichkeit der Wiederherstellung oder weiterer Nachteile für den Kläger enthält. Es handelt sich somit bei der Schadenforderung um eine zukünftige, noch nicht fällige Forderung, die zurzeit noch nicht geltend gemacht werden kann"....

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 25. Juni 1918. K. w. Deutsches Reich. U. II. 76/18. Schlesw.-Holst. Anz. 1919 S. 3.

---

104. Unmöglichkeit der Leistung beim unregelmäßigen Werklieferungsvertrag.

Vgl. 73 Nr. 175.
BGB. §§ 631. 275. 326.

Die beklagte Genossenschaft übernahm gegen Vergütung die Verflockung von Kartoffeln auch für Nichtgenossen, wobei vertragsüblich die Besteller nicht gerade die aus ihren eigenen Kartoffeln hergestellten Flocken, sondern eine nach Gewicht und Stärkegehalt der eingelieferten Kartoffeln berechnete Menge des im Betriebe hergestellten Fabrikats zurückerhielten. Der Kläger hatte Kartoffeln zum Verflocken an die Fabrik der Beklagten abgeliefert, aber nicht ganz die Hälfte der herzustellenden Flocken erhalten. Nach fruchtlosem Ablauf der von ihm gesetzten Nachfrist forderte er Schadenersatz. Die Beklagte hatte die Lieferung von Kartoffelflocken an die Marine übernommen und dazu die bei ihr lagernden Kartoffelbestände verwendet; sie hatte angenommen, daß sie durch die Lieferung der Genossen stets zur Erfüllung aller ihrer Verbindlichkeiten imstande sein werde, war aber durch die im Frühjahr 1916 eintretende Kartoffelknappheit und die damit zusammenhängenden behördlichen Maßnahmen an der Ergänzung ihrer Vorräte verhindert worden. Der Schadenersatzanspruch des Klägers wurde für begründet erklärt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Ausführungen der Beklagten sind dahin zusammenzufassen, daß die ihr obliegende Verpflichtung, da der Kläger keinen Anspruch auf Lieferung gerade der aus seinen eigenen Kartoffeln hergestellten Flocken habe, eine Gattungsschuld sei; die Erfüllung dieser Gattungsschuld sei ihr infolge der durch den Weltkrieg hervorgerufenen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch die Maßnahmen der zuständigen Behörden und durch die Kartoffelknappheit ohne ihr Verschulden mindestens in einer solchen Weise erschwert worden, daß diese Erschwerung bei billiger Berücksichtigung aller Umstände der Unmöglichkeit gleichgeschätzt werden müsse.

Diese Darlegung, die im wesentlichen auf die Grundsätze des Lieferungsverkaufs vertretbarer Gegenstände zugeschnitten ist, wird von vornherein dem Wesen des unter den Parteien geschlossenen Vertrags nicht gerecht. Es handelt sich um einen Werkvertrag, bei welchem der eine Teil, hier die Beklagte, die Verarbeitung der vom Besteller, hier dem Kläger, überbrachten Kartoffeln zu Kartoffelflocken gegen Entgelt übernimmt. Es ist rechtlich genau dasselbe Verhältnis, wie es ganz alltäglich zwischen dem Lohnmüller und dem Landmann eingegangen wird, der sein Korn zur Mühle bringt, um es gegen Mahllohn zu Mehl verarbeiten zu lassen. Die Verpflichtung der Beklagten, Kartoffelflocken zurückzuliefern, wird zwar, worüber die Parteien einverstanden sind, zur Gattungsschuld, aber nur deshalb, weil der Besteller bei der vertretbaren Natur sowohl der eingelieferten Bodenerzeugnisse wie des daraus herzustellenden Fabrikats regelmäßig gar kein Interesse daran hat, ob die zurückzuliefernden Flocken aus seinen eigenen oder aus fremden Kartoffeln hergestellt sind und weil der Fabrikbetrieb des Unternehmers es mit sich bringt, daß sich die getrennte Aufbewahrung und Verarbeitung der einzelnen Kartoffellieferungen nicht ohne besondere Unzuträglichkeiten durchführen läßt. Aber der Umstand, daß der Besteller keinen Anspruch auf Flocken einer bestimmten Herkunft hat, ändert an der rechtlichen Natur des Vertragsverhältnisses als eines Werkvertrages nichts und berechtigt vor allem den Unternehmer nicht, nach seinem Belieben über die eingelieferten Kartoffeln ohne Rücksicht auf die dem Besteller gegenüber begründete Verpflichtung zu verfügen. Immer bleibt bestehen, daß der Besteller selbst durch seine Einlieferung den Unternehmer in den Stand setzte, den Vertrag zu erfüllen, indem der Unternehmer entweder aus dem vom Besteller gelieferten Vorrat oder, wenn er diesen für einen anderen Kunden verwendet, aus der dadurch verfügbar werdenden Lieferung dieses anderen die dem Besteller zurückzugebenden Fabrikate herzustellen vermag. Solange der Unternehmer seinen Betrieb aufrechtzuerhalten vermag, und solange die eingelieferten Bodenerzeugnisse nicht durch äußere Einflüsse beschädigt werden oder zugrundegehen, ist er stets in der Lage, erfüllen zu können, weil die Summe der von den Bestellern überbrachten Erzeugnisse der Summe der abzuliefernden Fabrikate entspricht. Liefert aber der Unternehmer die Fabrikate aus den Produkten seiner Besteller an Abnehmer, die

ihm zu verarbeitende Erzeugnisse nicht geliefert haben, so verletzt er die gegen seine Besteller übernommenen Pflichten und muß die Verantwortung tragen, wenn es ihm nicht gelingt, rechtzeitig Ersatz zu beschaffen. In dieser Lage ist die Beklagte. Sie hat die aus den Kartoffeln des Klägers hergestellten Flocken an die Marineverwaltung geliefert. Sie tat es auf eigene Gefahr in der Erwartung, sich anderweit Kartoffeln beschaffen zu können, um den Kläger daraus zu befriedigen. Diese Erwartung ist fehlgeschlagen. Sie hat sich also selbst in die Unmöglichkeit versetzt erfüllen zu können; für diese eigene Handlung muß sie einstehen."

Urteil des Oberlandesgerichts zu Rostock (1. Sen.) v. 5. Febr. 1917. Kartoffelfabrik B. (Bekl.) gegen Fideikommiß D. Ka. 342/1916. K—n.

---

105. Parzellierungsvertrag; Werkvertrag oder Gesellschaftsvertrag?* Verzicht auf Widerruf der Parzellierungsvollmacht;** Form derselben.***

*Vgl. 61 Nr. 105 m. N. **Vgl. 66 Nr. 26 m. N. ***Vgl. 68 Nr. 144 m. N.
BGB. §§ 631. 705. 168. 313.

Der Kläger hatte dem Beklagten privatschriftlich unter Verzicht auf Widerruf, solange er im Besitze seines Grundstückes sein werde, Vollmacht zur Vornahme aller auf das Grundstück sich beziehenden Rechtshandlungen erteilt. In einem weiteren Schriftstücke hatte der Kläger erklärt, auf Grund einer am gleichen Tage getroffenen Abrede dem Beklagten den ausschließlichen Verkauf bzw. die Verwertung des Grundstücks zu übertragen, wobei er die Feststellung der Verkaufspreise dessen eigenem Ermessen anheimstellte. Von dem Erlöse sollten zunächst sämtliche Unkosten bestritten werden, sodann die Zinsen, und das Kapital der eingetragenen Hypotheken im Betrage von 250350 ℳ; der alsdann verbleibende Reingewinn sollte in gleichen Hälften verteilt werden.

Demnächst ließ der Kläger auf dem Grundstück eine Darlehnshypothek für den Beklagten eintragen. Mit der Klage verlangte er die Löschung dieser Hypothek, die nicht valutiert worden sei. Der Beklagte machte geltend, daß die Hypothek zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Parzellierungsgeschäft habe dienen sollen. Das Ber.-Gericht gab der Klage statt. Es faßte das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als einen Werkvertrag auf, der durch Kündigung des Klägers sein Ende erreicht habe, auch mangels Wahrung der Form des § 313 BGB. nichtig sei. Die Revision des Beklagten hatte aus einem prozessualen Grunde Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Der Revision muß zugegeben werden, daß die Annahme des Berufungsrichters, es liege ein jeder Zeit kündbarer Werkvertrag unter den Parteien vor, nicht frei von Rechtsirrtum ist. Richtig ist zwar, daß aus der Beteiligung des Beklagten am Gewinne nicht mit Notwendigkeit darauf geschlossen

werden müßte, daß ein eigentliches Gesellschaftsverhältnis vorliege; daß vielmehr eine solche Gewinnbeteiligung auch die Form darstellen kann, in welcher einer Partei der Entgelt (Lohn) für ihre einer Angelegenheit der anderen Partei zu widmenden Dienste oder für den eine solche Angelegenheit betreffenden Erfolg der darauf zu verwendenden Arbeit gewährt wird (partiarischer Dienst- oder Werkvertrag, vgl. Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte, bes. S. 271, 252 ff.). Ob in solchem Falle ein reiner Werkvertrag vorliegt, auf welchen die Bestimmung des § 649 BGB., die nicht dem zwingenden Rechte angehört, Anwendung zu finden hätte, kann dahingestellt bleiben. In einem Falle, wie dem vorliegenden, liegt es nahe, keinen Werkvertrag, sondern zum mindesten ein gesellschaftsähnliches Verhältnis anzunehmen, bei welchem der Rücktritt eines Teiles vor Erreichung des Gesellschaftszweckes nur aus wichtigem Grunde gestattet ist. Wenn der Berufungsrichter für die Verneinung eines Gesellschaftsverhältnisses darauf hinweist, daß die zu verkaufenden Grundstücke dem Kläger gehört haben, so ist diese Auffassung von Rechtsirrtum nicht frei, da die nach § 705 BGB. zur Förderung des gemeinsamen Zweckes zu leistenden Beiträge auch darin bestehen können, daß der eine Gesellschafter das Kapital (hier die Grundstücke), der andere seine Tätigkeit einbringt (vgl. § 706 Abs. 3 BGB.). Dadurch, daß das zu parzellierende Grundstück Eigentum des Klägers ist, wurde die Parzellierung nicht unbedingt, wie der Berufungsrichter annimmt, zu einer lediglich den Kläger betreffenden, dem Beklagten fremden Angelegenheit, um so weniger als für den Beklagten bereits Hypotheken im Betrage von 230000 ℳ auf dem Grundstücke eingetragen waren, er also ein großes eigenes Interesse an diesem hatte. Ebenso ist es rechtsirrig, wenn der Berufungsrichter, wie es den Anschein hat, die Beteiligung an dem Verluste als wesentliches Merkmal eines Gesellschaftsverhältnisses ansieht. Es ist vom Reichsgerichte, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, wiederholt ausgesprochen, daß der aus dem Vertrage ersichtliche Wille der Vertragschließenden, daß ein Beteiligter nur an dem Gewinne, aber nicht an dem Geschäftsverluste teilnehmen soll, der Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses nicht entgegensteht. (RGEntsch. 20, 163; 27, 13; 31, 35. Vgl. auch Crome a. a. O. S. 21 f.)

Die Annahme eines jederzeit kündbaren Rechtsverhältnisses aber wird in vorliegendem Falle dadurch ohne weiteres ausgeschlossen, daß der Kläger dem Beklagten zum Zwecke der Parzellierung Vollmacht erteilt hat unter Verzicht auf Widerruf, solange er im Besitze des Grundstücks sei. Die dadurch begründete Unwiderruflichkeit des Vertragverhältnisses rechtfertigt aber anderseits die Annahme des Berufungsrichters, daß durch den Parzellierungsvertrag der Kläger verpflichtet werden sollte, das Eigentum an den durch den Beklagten zu verkaufenden Parzellen an die Parzellenkäufer zu übertragen, sei es durch die von dem Beklagten auf Grund der Vollmacht ihnen zu erteilende Auflassung, sei es durch unmittelbare Auflassung an sie. Zwar war der Kläger

nach dem Wortlaute der Vollmacht nicht gehindert, auch selbst einen anderweiten Verkauf des Grundstücks oder von Teilen davon vorzunehmen; solange er das aber nicht getan und die Grundstücke nicht anderweit aufgelassen, war er verpflichtet, das Eigentum daran an die von dem Beklagten beschafften Käufer zu übertragen. Ohne Rechtsirrtum hat der Berufungsrichter, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, angenommen, daß ein Vertrag solchen Inhalts der Form des § 313 BGB. bedarf und in Ermangelung dieser Form nichtig ist. Daran kann auch der Hinweis der Revision auf das (zu unterstellende) zeitliche Auseinanderliegen der Vollmachtserteilung und des schriftlichen Abkommens, in welchem die näheren Bedingungen der Parzellierung geregelt wurden, nichts ändern. Durch die unwiderrufliche Vollmacht war von vornherein eine Bindung des Klägers beabsichtigt und die Vollmacht erscheint sonach nur als ein vorweggenommener Bestandteil des Parzellierungsvertrages."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 18. Jan. 1919. W. w. M. (Kammergericht). V. 243/18.

---

106. Beschränkte Wirksamkeit des über die Höhe der gesetzlichen Unterhaltsrente geschlossenen Prozeßvergleichs.

Vgl. 66 Nr. 242; auch 69 Nr. 56 m. N.
BGB. §§ 1614. 779.

Klägerin hatte im Jahre 1908 ihre Adoptivtochter, die Beklagte, auf Gewährung von Unterhalt im Betrage von vierteljährlich 1350 *M* in Anspruch genommen. In zweiter Instanz wurde von den Parteien vor dem Prozeßgericht ein Vergleich geschlossen, nach welchem die Beklagte sich verpflichtete, v. 29. Jan. 1910 an der Klägerin bis an ihr Lebensende eine in vierteljährlichen Vorauszahlungen zu entrichtende Rente von jährlich 2500 *M* zu zahlen. Mit einer im Jahre 1917 erhobenen Klage verlangte die Klägerin eine Erhöhung der Rente, weil sie mit dieser Summe und der sonst ihr zu Gebote stehenden Einnahme von jährlich 3019,20 *M* bei ihrem hohen Alter von jetzt 79 Jahren, ihrer gesteigerten Kränklichkeit und der durch die Kriegsereignisse eingetretenen beträchtlichen Verteuerung aller Lebensbedürfnisse ihren standesgemäßen Unterhalt nicht bestreiten könne. Die Beklagte bestritt eine jede Verpflichtung zur Erhöhung der Rente und hielt eine Erhöhung schon durch den vorbehaltlosen Abschluß des Vergleichs für ausgeschlossen.

Das Landgericht wies die Klage ab, das OLG. verurteilte die Beklagte zur Zahlung eines jährlichen Unterhaltsbetrags von 3600 *M*. Das Reichsgericht hob aus einem prozessualen Grunde auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Ohne Grund wird die Auffassung des Ber.-Gerichts angefochten, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vergleich die Erhebung eines



weitergehenden Unterhaltsanspruchs der Klägerin auf Grund der Vorschriften über die gesetzliche Unterhaltspflicht nicht ausschließe. Die Revision gibt zu, daß ein Verzicht auf Unterhalt nach § 1614 BGB. unzulässig sein möge. Sie meint aber, daß dasselbe nicht auch von einem Vergleiche gelten könne, der nicht auf einen Verzicht hinauslaufe, sondern, wie dies hier der Fall, nur die Höhe des Unterhaltsanspruchs begrenze. Wollte man ein anderes annehmen, so würde die Eingehung eines Vergleichs, da der den Unterhalt Beanspruchende nie an den Vergleich gebunden wäre, wohl aber dessen Vorteile haben würde, geradezu unmöglich gemacht sein.

Dieser von der Revision vertretene Standpunkt entspricht jedoch nicht dem Gesetze. Die §§ 1601 ff. BGB. enthalten Vorschriften über die gesetzliche Unterhaltspflicht, die nicht nur dem Privatinteresse des Unterhaltsberechtigten dienen, sondern mit Rücksicht auf die sittliche Natur dieser Unterhaltspflicht und die öffentliche Armenlast (vgl. Motive Bd. 4 S. 709) zugleich das öffentliche Interesse berühren. In § 1614 Abs. 1 (vgl. die anders lautende Bestimmung des § 1714 Abs. 2) ist deshalb bestimmt, daß für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann. Damit ist nicht nur ein Vertrag ausgeschlossen, durch den der Unterhaltsberechtigte seinen Anspruch auf künftigen Unterhalt gänzlich aufgibt, sondern alle Abmachungen, durch welche dieser Anspruch gemindert wird, und zwar ohne Unterschied, ob der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich ist. Der Unterhaltsberechtigte darf seine Rechte auf Unterhalt selbst dann nicht aufgeben, wenn ihm hierfür eine gleichwertige Gegenleistung gewährt ist. Der Unterhaltspflichtige wird nach § 1614 Abs. 2 von seiner Verbindlichkeit nicht einmal dadurch befreit, daß er den den gesetzlichen Unterhalt entsprechenden vollen Betrag (soweit dieser nicht mehr im Vermögen des Unterhaltsberechtigten sich befindet) für längere Zeit als drei Monate im voraus entrichtet hat. Von dieser Auffassung ist das Reichsgericht bereits in den Urteilen v. 9. Dez. 1901 (Entsch. 50, 96) und 28. März 1902 (Gruchots Beitr. 46, 945) ausgegangen. In dem letzten Urteil ist ausgesprochen, daß, weil nach § 1614 für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichtet werden kann, auch die in einem Vergleich über Festsetzung der Höhe des Unterhaltsbetrags liegende Erklärung des Unterhaltsberechtigten, für die Zukunft auf den Teil des Unterhalts, um welchen der gesetzliche Betrag des Unterhalts den vergleichsweise festgesetzten Betrag des Unterhalts übersteige, verzichten zu wollen, rechtsunwirksam ist. Es bedarf hierzu, wie der Berufungsrichter zutreffend ausführt, nicht erst der Anfechtung. Die Unwirksamkeit des Vergleichs, soweit er die Minderung des künftigen gesetzlichen Unterhalts zur Folge hat, tritt vielmehr ohne weiteres ein, mag nun diese Minderung bereits in den zur Zeit des Vergleichsschlusses vorliegenden Verhältnissen begründet sein, oder erst durch eine spätere Änderung der Verhältnisse herbeigeführt sein. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Vergleich in der bewußten Absicht eines Verzichts auf den gesetzlichen Mehranspruch geschlossen wird oder

ob der Verzicht nur mittelbar aus den in den Vergleich aufgenommenen Bestimmungen sich ergibt, wie es auch gleichgültig ist, ob überhaupt die Parteien auf einen Verzicht ausgegangen sind. Hat der über die Höhe des gesetzlichen Unterhalts geschlossene Vergleich die Bedeutung, daß er nur für die zeitigen Verhältnisse, denen die Unterhaltshöhe angepaßt ist, Wirksamkeit haben solle, so verliert er bei Änderung dieser Verhältnisse schon kraft der Parteivereinbarung seine Wirkung. In allen Fällen trifft zu, daß die Klägerin durch den Vergleich v. 13. Jan. 1910 an der Geltendmachung des höheren gesetzlichen Unterhaltsanspruchs nicht behindert ist.

Trotz dieser Beschränkung der Wirksamkeit des Vergleichs kann demselben, auch was das Maß der Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung betrifft, keineswegs jede Bedeutung abgesprochen werden. Innerhalb gewisser Grenzen ist es den Parteien, da die Bemessung des Unterhaltsbetrags nicht mit unbedingter Genauigkeit erfolgen kann, hierbei vielmehr ein freier Spielraum bleibt und da nicht jede Änderung der Verhältnisse eine Änderung des zu gewährenden Unterhalts nach sich zieht, gestattet, eine verbindliche Einigung zu treffen. Auch hat die vergleichsweise Einigung — wobei allerdings auf die gesamten Verhältnisse Rücksicht zu nehmen ist — einen gewissen Beweiswert dafür, daß der Unterhaltsbetrag entsprechend den gesetzlichen Vorschriften festgesetzt ist . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 6. Febr. 1919. P. w. W. (OLG. München). IV. 352/18.

---

107. Die Größe des hinterlassenen Erbteils bemißt sich im Falle des § 2306 BGB. nach der Erbquote, nicht nach dem Werte des Hinterlassenen.

Vgl. 65 Nr. 13; 73 Nr. 206.

BGB. § 2306.

Die Beklagte wurde als Alleinerbin ihres 1915 gestorbenen Vaters von dem Kläger auf Herausgabe gewisser ihm vom Erblasser als Vermächtnis zugewendeter Grundstücke und Mobiliargegenstände in Anspruch genommen. Sie wendete ein, daß sie einen Anspruch auf Ergänzung ihres durch die dem Kläger ausgesetzten Vermächtnisse verkürzten Pflichtteils und deswegen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber den vom Kläger erhobenen Ansprüchen habe. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„. . . Für den durch Anordnung von Vermächtnissen in seinem Pflichtteile verkürzten Erben sind die Rechtsbehelfe in § 2306 geordnet; die Fassung der Vorschriften ist allerdings derartig, daß sie leicht Mißverständnisse hervorrufen kann und solche erfahrungsgemäß auch nicht selten hervorruft. Maßgebend für den vom Erben in solchem Falle einzuschlagenden Weg ist die Frage, ob der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene „Erbteil" die Hälfte des ge-

setzlichen Erbteils übersteigt oder nicht; bei Prüfung dieser Frage darf aber nicht auf die Beschwerungen des Erben durch Vermächtnisse usw. gesehen werden, sondern ausschließlich darauf, wie groß die ihm zugewiesene Erbquote ist, und nur wenn diese, auch abgesehen von den Beschwerungen, schon an sich so gering ist, daß sie die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt, ist Satz 1 des § 2306 anwendbar, der die Kürzung der Vermächtnisse usw. gestattet (RGEntsch. 93, 8 und dortige Zitate). Das trifft nun im Streitfalle nicht zu, denn nach der vom Berufungsgericht getroffenen Auslegung des Testaments ist die Beklagte Alleinerbin, hat also ihren ganzen gesetzlichen Erbteil zugewiesen erhalten. Für solche Fälle bestimmt § 2306 Satz 2, daß der Erbe, um sich gegenüber Vermächtnisnehmern usw. den Anspruch auf den Pflichtteil zu wahren, den Erbteil ausschlagen muß. Das hat die Beklagte bis jetzt nicht getan und deshalb kann sie auch aus dem Satz 2 des § 2306 keine Rechte herleiten. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 30. Jan. 1919. B. w. S. (OLG. Jena). IV. 386/18.

---

108. Die Erhöhung der Geschäftsanteile bei der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht kann, falls das Statut nichts anderes bestimmt, mit dreiviertel Mehrheit erfolgen.

Ges. betr. Erw.- und Wirtschaftsgen. §§ 16, 18.

Die Beklagte war mit zwei Geschäftsanteilen Genosse der Klägerin. Nach § 11 des Statuts betrug der Geschäftsanteil früher 1000 M. Beklagte hatte ihre Geschäftsanteile voll einbezahlt und außerdem im Laufe der Jahre auf dahingehende Beschlüsse der Generalversammlung zur Deckung von Hypothekenzinsen insgesamt 740 M. Auf den 31. Dez. 1916 hat die Beklagte das Genossenschaftsverhältnis rechtzeitig gekündigt. Am 3. und 14. Nov. 1916 hat die Generalversammlung mit mehr als $^3/_4$ Mehrheit der Erschienenen Erhöhung jedes Geschäftsanteils auf 1700 M beschlossen, worauf 530 M sofort, die übrigen 170 M später nachbezahlt werden sollten. Die Beklagte erkannte jenen Generalversammlungsbeschluß nicht an, verlangte vielmehr Rückzahlung der auf Umlage bezahlten 740 M. Klägerin erhob, indem sie von dem sofort zu zahlenden Einschusse von insgesamt 1060 M sich die Umlage von 740 M absetzte, Klage auf Zahlung von 320 M, die sie in zweiter Instanz auf 220 M ermäßigte. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und widerklagend Zahlung von 740 M. Die Widerklage wurde abgewiesen auf die Klage, die Beklagte zur Bezahlung von 220 M verurteilt. Aus den den des Ber.-Urteils:

„Daß nach dem Gesetz eine Erhöhung der Geschäftsanteile auch bei der eingetragenen Genossenschaft m. b. H. durch die Generalversammlung mit bindender Kraft für jeden Genossen beschlossen werden kann, ergibt der für alle

eingetragenen Genossenschaften geltende § 16 Gen.G. Während § 2 daselbst bestimmt, daß das Statut den Betrag ergeben müsse, bis zu welchem sich die einzelnen Genossen mit Einlagen beteiligen können (Geschäftsanteil), und ferner die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil ergeben müsse, zu welchen jeder Genosse verpflichtet ist, sagt § 16 des Gesetzes, daß eine Änderung des Statuts nur durch Generalversammlungsbeschluß erfolgen könne und daß zur Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens sowie zur Erhöhung des Geschäftsanteiles es einer Mehrheit von $^3/_4$ der erschienenen Genossen notwendig bedürfe, für andere Statutenänderungen das Statut aber auch geringere Erfordernisse aufstellen könne. Der § 16 behandelt also die Erhöhung des statutenmäßigen Geschäftsanteils ebenso wie die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens als eine besonders wichtige, aber an sich ohne weiteres zulässige Statutenänderung. Die Meinung der Beklagten, der § 16 setze stillschweigend voraus, daß das Statut auch selbst die Zulässigkeit einer Erhöhung des Geschäftsanteils durch Mehrheitsbeschluß ausspreche und daß hierfür sonst Einstimmigkeit erforderlich sei, findet im Gesetz keine Stütze. Nach § 18 bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und der Genossen „zunächst" nach dem Statut: wo also das Statut schweigt, nach dem Gesetz. Und dabei darf nach Absatz 2 des § 18 das Statut vom Gesetz überhaupt nur da Abweichendes für das Rechtsverhältnis bestimmen, wo das Gesetz es ausdrücklich zuläßt, darf es also auch für eine Änderung des Statuts nicht schärfere Erfordernisse aufstellen, als das Gesetz sie ihm gestattet. Allerdings hätte, da § 16 Verschärfung der gesetzlichen Erfordernisse für eine Erhöhung des Geschäftsanteils zuläßt, das Statut hierfür Zustimmung aller Genossen bestimmen können. Es hat das aber nicht getan. Das Erfordernis der Einstimmigkeit hierfür folgt für die eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung auch nicht ohne weiteres aus der besonderen Natur einer solchen Genossenschaft. Ihr besonderes Wesen besteht nicht darin, daß der einzelne Genosse nur zu einem von vornherein ganz bestimmten Einschuß in die Genossenschaft verpflichtet ist, so daß eine Erhöhung ein Eingriff in sein vorbehaltenes und unverletzliches Sondervermögen wäre; in dieser Beziehung ist sein Rechtsverhältnis nicht wesentlich anders als dasjenige eines Genossen einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung. Sondern das Wesentliche und dasjenige, was ihr den Namen einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung gibt, ist, daß der Genosse anders wie bei der Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung außer seiner Pflicht, den zum Betriebe des gemeinschaftlichen Unternehmens im allgemeinen erforderlichen Einschuß zu zahlen, im Falle einer während des Betriebes eintretenden Überschuldung der Genossenschaft nicht mit seinem ganzen Vermögen, sondern nur mit einer begrenzten Summe für die Schulden haftet. Und selbst diese beschränkte Schuldenhaftung, die sogenannte Haftsumme, wird nicht von vornherein beim Eintritt des Genossen auf eine unabänderliche Summe festgelegt, sondern nach § 132 Gen.G. kann sogar sie,

wenn nicht das Statut strengere Voraussetzungen vorschreibt, mit einer $^3/_4$ Mehrheit durch die Generalversammlung erhöht werden. Ja, es kann sogar nach § 144 Gen.G. die Haftung in eine unbeschränkte durch Beschluß derselben Mehrheit umgewandelt werden. Kann aber die Haftsumme ohne besondere Zulassung durch das Statut erhöht werden, so ist um so weniger einzusehen, warum nicht auch der Geschäftsanteil soll erhöht werden können, der doch dem Genossen nicht bloß Pflichten, sondern zugleich auch, namentlich wegen der Dividende und des Geschäftsguthabens Rechte verleiht und in § 2 demgemäß als der Betrag bezeichnet wird, zu welchem sich der einzelne beteiligen kann.

Ist aber die Erhöhung des Geschäftsanteiles auch bei einer Genossenschaft m. b. H. zulässig, so liegt kein Grund vor, mit dem Landgericht sie dann für unzulässig zu halten, wenn sie dazu dienen soll, Verluste der Genossenschaft oder Verbindlichkeiten zu decken, die die Genossenschaft aus ihrem Vermögen nicht mehr decken kann. Bezeichnet doch die Begründung des Gen.G. eine solche Erhöhung unter Umständen als das geeignete Mittel, um die Genossenschaft „vor der Auflösung und dem Konkurse zu bewahren" und somit die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen (vgl. Parisius-Crüger Kommentar zum Gen.G., Anm. 8 zu § 16, Anm. 6 zu § 7, Anm. 3 zu § 132, auch RGEntsch. 68, 95). Auch daraus läßt sich vorliegend ein Bedenken nicht herleiten, daß nach § 131 der Geschäftsanteil nicht höher sein darf als die Haftsumme (vgl. Parisius-Crüger, Anm. 3 zu § 132), da gleichzeitig mit der Erhöhung des Geschäftsanteils auch die Erhöhung der Haftsumme beschlossen ist.

Richtig ist allerdings, daß die Klägerin nicht berechtigt war, vor Auflösung der Genossenschaft Nachschüsse (Umlagen) über den Betrag des Geschäftsanteils hinaus von den Genossen einzuziehen, um die Hypothekenzinsen zu bestreiten. Aber das hat nichts mit der Frage zu tun, ob der Geschäftsanteil nicht selbst erhöht werden darf. Im übrigen erledigt sich dieser Punkt dadurch, daß Klägerin selbst sich die von der Beklagten früher auf den alten geringeren Geschäftsanteil zu viel erhobenen Nachschüsse von ihrer jetzigen Forderung auf Einzahlung des erhöhten Geschäftsanteils absetzt.

Der die Erhöhung der Geschäftsanteile aussprechende Generalversammlungsbeschluß ist am 23. Nov. 1916 in das Genossenschaftsregister eingetragen und somit (vgl. § 16 Abs. 4) noch zu einer Zeit bindend geworden, wo die Beklagte noch Genossin war.

Der Austritt der Beklagten gibt ihr seit 1. Januar 1917 das Recht, ihr Geschäftsguthaben, d. i. ihre Einzahlungen zuzüglich zugeschriebener Dividenden und abzüglich abgeschriebener Verluste zu verlangen. Nach § 9 des Statuts und § 73 Gen.G. erfolgt die Berechnung des Guthabens auf Grund der Bilanz, d. h. der von der Generalversammlung genehmigten Bilanz für

31. Dez. 1916. Diese liegt vor. Den danach auf jeden Geschäftsanteil entfallenden Betrag von 50 M hat die Klägerin sich in diesem Rechtszuge abgesetzt.

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 4. Jan. 1919. Terraingef. Wohldorferhöhe e. G. m. b. H. w. J. L. Bf. VI. 179/18. Nö.

---

109. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge eines Nichtkaufmanns; Schweigen auf einen Bestätigungsbrief mit Reklamationsfristbestimmung.

Vgl. 17 Nr. 23; 73 Nr. 1 m. N.
§ 377 HGB.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„... Der § 377 HGB. hat für einen Nichtkaufmann keine unmittelbare Geltung. Der Kläger hatte sich aber durch Nichtbeantwortung der Bestätigungsbriefe der Beklagten der darin enthaltenen Klausel „Reklamationen haben binnen 3 Tagen nach Empfang der Ware schriftlich zu erfolgen" unterworfen, denn die schriftliche Bestätigung der durch Vertreter abgeschlossenen Vertragverhandlungen und die Hinzufügung von Nebenbestimmungen in solche Bestätigungsschreiben ist so allgemeine Verkehrssitte (RGEntsch. 88, 380), daß ihre Prüfung und Beantwortung im Falle des Nichteinverständnisses nach Treu und Glauben als Pflicht des Empfängers zu gelten hat, selbst wenn er nicht Kaufmann ist, wenn er nur, wie der Kläger, als Geschäftsmann mitten im geschäftlichen Verkehr steht (vgl. OLG. Dresden v. 22. Sept. 1916, 3. O. 67/16). Nun kann diese Vertragbestimmung allerdings zunächst nur für solche Mängel gelten, die sofort bei Empfang erkennbar waren, was bei den vom Kläger geltend gemachten offenbar nicht der Fall war. Sie muß aber sinngemäß auch auf später hervorgetretene Fehler angewendet werden. Zum mindesten kam durch sie zum Ausdruck, daß die Beklagte die sofortige Benachrichtigung etwaiger Bemängelung als Vertragpflicht des Klägers angesehen wissen wollte. Dieser wäre deshalb nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Beklagte von der schlechten Beschaffenheit des Karbolineums alsbald in Kenntnis zu setzen, nachdem er selbst davon erfahren hatte. Dies ist nach seiner eigenen Darstellung bereits bei seiner Rückkehr von seiner Reise Ende Juli 1917 geschehen. Die erste Rüge an die Beklagte hat er aber erst am 27. Aug. 1917 abgesandt. Diese ungebührliche Verzögerung, die die Beklagte ausdrücklich als Einwand geltend gemacht hat, ist bei sinngemäßer Anwendung des § 377 HGB. als Genehmigung anzusehen und hat den Verlust des Rechts auf Ansprüche aus der angeblichen Mangelhaftigkeit zur Folge. Das gilt um so mehr, als der Kläger nach seiner eigenen Darstellung einzelne der von ihm in Angriff genommenen Malerarbeiten mit dem Karbolineum auch nach Entdeckung seiner Mangelhaftigkeit hat weiter fortsetzen lassen — daß ihm die Fehlerhaftigkeit noch nicht durch einen Sach-

verständigen bestätigt war, ist gleichgültig —, und daß er so das Karbolineum zum größten Teil verbraucht hat..."

Urteil des OLG. zu Dresden (2. Ziv.-Sen.) v. 24. Febr. 1919, R. w. P. 2. O. 66/18. Ch.

---

110. Haftung der Eisenbahn, wenn ein Faß Wein auf dem Transport ausläuft?

Vgl. 71 Nr. 115; 70 Nr. 90 m. N.
HGB. §§ 456. 459; EB. VerkO. § 86.

Ein vom Kläger von H. nach K. mit der Eisenbahn gesandtes Faß Wein war auf dem Transport zu einem erheblichen Teil ausgelaufen. Der Kläger verlangte von der Eisenbahnverwaltung Schadenersatz.

Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Maßgebend sind die §§ 456, 459 Abs. 1 Ziffer 4 sowie Abs. 2 u. 3, die in §§ 84, 86 der Eisenbahnverkehrsordnung wiederholt sind. Hiernach haftet die Eisenbahn für Verlust und Beschädigung des Gutes auf dem Transport, soweit dies nicht durch die natürliche Beschaffenheit, namentlich auch die gewöhnliche Leckage verursacht ist. Dagegen tritt Haftungsbefreiung ein „in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust oder Beschädigung, namentlich inneren Verderb, außergewöhnliche Leckage zu erleiden, für den Schaden, der aus dieser Gefahr entsteht."

Um solche außergewöhnliche Leckage handelt es sich hier, wo aus dem 560 l enthaltenden Faß Wein etwa 180 l ausgelaufen sind. In solchen Fällen ist nicht entscheidend, ob die Beschädigung unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht eintreten konnte, sondern lediglich, ob die Gefahren des Transportes, wozu z. B. auch außergewöhnlich heftige Rangierstöße gehören, wie sie beim Eisenbahnbetrieb erfahrungsgemäß vorkommen können, auch ohne daß ein Verschulden des Personals anzunehmen ist, die Möglichkeit der Entstehung des Schadens an den leicht verletzlichen Gütern begründen. In allen diesen Fällen entsteht der Schaden, bzw. wird die Entstehung des Schadens vermutet aus der besonderen Gefahr, die in der leichten Verletzlichkeit des Gutes liegt. Zu solchen infolge ihrer eigentümlichen besonderen Beschaffenheit leicht verletzlichen Gütern sind auch die mit Flüssigkeit wie Wein gefüllten Holzfässer zu rechnen, die infolge von Erschütterungen auch bei ordnungsmäßiger Verstauung leicht in einzelnen Fugen aufspringen und dann die Flüssigkeit durchlassen.

Anders liegt die Sache dann, wenn ein ursächliches Verschulden seitens der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Angestellten vorliegt, allein hierfür sind seitens des beweispflichtigen Klägers, der selbst nicht weiß, auf welche Weise die Beschädigung herbeigeführt ist, keinerlei Tatsachen angeführt. Der von ihm aus der behaupteten sorgfältigen Verstauung einwandfreier Fässer her-

geleitete Schluß, daß nur eine unsachgemäße Ausführung des Transports als Ursache der Beschädigung anzusehen sei, ist nicht schlüssig, da das Leckspringen durch außergewöhnlich starke Stöße beim Rangieren der Eisenbahnwagen entstanden sein kann, derartige Umstände aber auch, wie die Erfahrung lehrt, ohne schuldhaftes Verhalten des Personals vorkommen können und nicht immer bei der Fortbewegung der Güterwagen zu vermeiden sind. Demnach ist für ein von der Eisenbahn zu vertretendes Verschulden kein ausreichender Beweis angeboten."

Urteil des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 10. Okt. 1918.
L. w. Eisenbahnfiskus U I 14/18. Schl.-Holst. Anz. 1919, S. 6.

II. Verfahren.

111. Voraussetzung der Übernahme des Rechtsstreits durch den benannten mittelbaren Besitzer.

Vgl. Bd. Nr. 44 216; 71 Nr. 260.
ZPO. § 76.

Der Kläger, dessen Ehe mit der Beklagten durch ein im Januar 1919 rechtskräftig gewordenes Urteil geschieden wurde, erhob im Juni 1918 Klage auf Herausgabe von Möbelstücken, die die Beklagte im Besitz hatte, mit der Behauptung, er sei Eigentümer der Sachen und nach dem ehelichen Güterrecht berechtigt, die Herausgabe zu verlangen. Die Beklagte wandte ein, die Sachen seien Eigentum des Rentners K., der sie durch Vertrag v. 27. Mai 1913 ihr und ihrem Ehemann vermietet habe. Sie verkündete diesem den Streit, lud ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung und verweigerte die Verhandlung zur Hauptsache. K. erkannte die Behauptung der Beklagten als richtig an und erklärte sich bereit, den Prozeß an ihrer Stelle zu übernehmen. Die Beklagte stimmte zu und beantragte, sie von der Klage zu entbinden. Der Kläger widersprach der Übernahme des Prozesses durch K. und der Entlassung der Beklagten. Das Landgericht gab dem Antrag der Beklagten statt, das Oberlandesgericht änderte das erste Urteil ab.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Beklagte behauptet, die streitigen Sachen, deren Herausgabe der Kläger fordert, als Mieterin des K. zu besitzen, also auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bezeichneten Art. Insofern liegen die Voraussetzungen des § 76 Abs. 1 ZPO. vor. Aber die Beklagte ist nicht „als Besitzerin" der Sachen verklagt, sondern wie die Klageschrift ergibt, weil sie als Ehefrau dem Kläger Sachen vorenthält, über die er als Ehemann zu verfügen hatte. Der Klageanspruch ist ausdrücklich auf das eheliche Güterrecht gestützt worden. Diesem auf ein Schuldverhältnis gestützten Anspruch kann sich die

Beklagte nicht durch die Behauptung entziehen, daß sie für einen Dritten als mittelbaren Besitzer besitze (RGEntsch. 32, 31; OLG. 20, 300).

Allerdings findet sich in der Klageschrift auch der Satz, der Kläger sei Eigentümer der Sachen, eine Behauptung, die er in der Ber.-Instanz hat fallen lassen. Aber selbst wenn man daraus folgert, daß die Klage nicht ausschließlich auf das eheliche Güterecht, sondern auch auf das Eigentum des Klägers gestützt sei, ist der Antrag der Beklagten, sie aus dem Rechtsstreit zu entlassen, unbegründet. Der Kläger hat dann jedenfalls außer dem Eigentum auch Ansprüche geltend gemacht, die unabhängig davon sind, daß die Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 bezeichneten Art besitzt. Nach § 76 Abs. 3 ZPO. ist in diesem Falle die Zustimmung des Klägers zur Übernahme des Prozesses durch den Dritten erforderlich. Ohne diese Zustimmung kann der Dritte den Prozeß nicht übernehmen und nach § 76 Abs. 4 die Beklagte nicht entlassen werden. Da der Kläger seine Zustimmung versagt hat, war die Entlassung unstatthaft. Daß die Ehe der Parteien nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils geschieden ist, ist ohne Belang. Dadurch sind die aus dem ehelichen Güterrecht hergeleiteten Ansprüche des Klägers nicht ohne weiteres hinfällig geworden. Über sie ist zwischen den Parteien und nicht in einem Rechtsstreit zwischen dem Kläger und K. zu entscheiden ..."

Urteil des OLG. zu Frankfurt a. M. v. 27. März 1919. 3. U. 212/18. C.

---

112. Gehören zu den Kosten des Rechtsstreits auch diejenigen, die vor der Aufnahme des Rechtsstreits durch den Konk.-Verwalter entstanden sind, sowie die Kosten eines dem Rechtsstreit vorhergegangenen Arrestverfahrens?

Vgl. 46 Nr. 161; 53 Nr. 49, 134.
ZPO. § 91; KO. § 10.

Dem Beschwerdeführer kann darin nicht beigetreten werden, daß, wenn die Parteien eines vor dem Konkurs der Klägerin begonnenen, nach dem Konkursausbruch vom Konk.-Verwalter aufgenommenen Rechtsstreites sich ganz allgemein über die Kosten des Verfahrens vergleichen, unter diesen Kosten die vor der Aufnahme des Rechtsstreites entstandenen nicht mitbegriffen sind. Eine solche Teilung der Kosten läßt sich nicht vornehmen, da es sämtlich Kosten des gleichen Rechtsstreites sind und nichts dafür vorliegt, daß die Parteien, die sich im allgemeinen über die Kosten verglichen haben, eine solche von selbst in der Sache nicht liegende Scheidung der Kosten im Auge gehabt haben.

Dagegen umfaßt der Begriff der Kosten nicht ohne weiteres auch diejenigen des Arrestverfahrens. Inwieweit bei dem Erlaß eines Urteils, das nicht ausdrücklich die Kosten eines Arrestverfahrens erwähnt, die Entscheidung über die Kosten auch diejenigen eines Arrestverfahrens umfaßt, ist in der Praxis bestritten (vgl. die Judikatur bei Gaupp-Stein § 91 Anm. 60).

Es ist in der in SeuffA. 53, Nr. 134 abgedruckten Entscheidung des Reichsgerichts darin beizutreten, daß an sich die Kosten des Prozesses nicht auch die Kosten eines Arrestverfahrens mit umfassen, daß sie zur zweckentsprechenden Führung des Rechtsstreites selbst nicht erforderlich sind und nur die Sicherung des im Streite befindlichen Anspruchs betreffen. Im Einzelfalle kann jedoch aus den Umständen geschlossen werden, daß das Gericht in seiner Kostenentscheidung auch über die Kosten des Arrestverfahrens hat entscheiden wollen. Im vorliegenden Falle fehlt es dagegen an jedem Anhaltspunkt dafür, daß die Parteien, als sie sich über die Kosten des Verfahrens verglichen, dabei auch die Kosten des vor der Aufnahme des Konkurses durch den Konk.-Verwalter bereits erledigten Arrestverfahrens mit im Auge gehabt haben, und daß sie nicht vielmehr davon ausgegangen sind, daß diese schon längst bezahlten Kosten endgültig erledigt sein sollten. Wollte die Klägerin auch die Kosten des Arrestverfahrens mit unter den Vergleich über die Kosten des Verfahrens fallen lassen, so mußte sie einen dementsprechenden Vorbehalt in dem Vergleiche machen. Daher war der angefochtene Beschluß insofern aufzuheben, als auch die Kosten des Arrestverfahrens als erstattungsfähig behandelt worden sind.

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 1. Febr. 1919. Sch. & B. w. A. Sch. Bs. Z. VI. 5/19. Nö.

---

113. Der Armenanwalt erlangt mit der Zustellung des Beiordnungsbeschlusses noch nicht die Stellung eines Vertreters der armen Partei.

Vgl. 73 Nr. 61.
ZPO. § 115 Nr. 3.

Der Kläger suchte am 21. Juli 1917 beim Oberlandesgericht die Bewilligung des Armenrechts zwecks Einlegung der Berufung gegen das am 6. Juli 1917 zugestellte Urteil des Landgerichts nach. Der Beschluß, durch den das Armenrecht bewilligt und Justizrat C. beigeordnet wurde, erging am 1. Aug. und wurde dem Anwalt am 4. Aug., dem Kläger jedoch erst am 6. Aug. nachmittags um 4 Uhr in seiner Wohnung, da er selbst abwesend war, zu Händen seiner Ehefrau zugestellt. Der beigeordnete Anwalt legte mit einem am 15. Aug. beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatze Berufung ein und beantragte gleichzeitig die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist. Das OLG. lehnte die Wiedereinsetzung ab, es verneinte zwar ein eigenes Verschulden des Klägers an der Fristversäumung, nahm aber ein solches des Anwalts an, das der Kläger gegen sich gelten lassen müsse. Der Armenanwalt habe bereits mit der Zustellung des Armenrechtsbeschlusses an ihn die Vertretereigenschaft erlangt und sei zur Einlegung der Berufung innerhalb der Frist in der Lage und verpflichtet gewesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:



„... Die Entscheidung des Berufungsgerichts ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn in der Beiordnung des Armenanwalts entweder die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für die arme Partei zu erblicken wäre, oder verneinendenfalls, wenn ganz allgemein in jedem Armenrechtsgesuche schon die Bevollmächtigung des beizuordnenden Anwalts und der Auftrag zur Geschäftsbesorgung zu finden wäre. Daß der Armenanwalt gesetzlicher Vertreter der Partei sei, wird, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Schrifttum einhellig abgelehnt. Mit Recht. Die Armenrechtsbewilligung ist ein öffentlichrechtlicher Akt der staatlichen Armenfürsorge. Der Staat will solchen Personen, die nicht in der Lage sind, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts die Kosten eines Prozesses zu bestreiten, dadurch zu Hilfe kommen, daß er ihnen die vorläufig unentgeltliche Prozeßführung ermöglicht, falls diese nicht aussichtslos oder mutwillig erscheint. Mit der Ermöglichung der unentgeltlichen Prozeßführung ist der Zweck der staatlichen Fürsorge vollkommen erreicht. Der armen Partei soll eine Vergünstigung gewährt, sie soll aber nicht in der Entschlußfreiheit, ob und wie sie den Prozeß führen und ob sie sich zur Prozeßführung des ihr beigeordneten Anwalts bedienen will, beschränkt werden. Durch die Beiordnung wird ihr ein Anwalt zur Verfügung gestellt. Ihrer freien Entschließung bleibt es vorbehalten, seine Dienste in Anspruch zu nehmen. Der Anwalt hat den Weisungen der Partei in bezug auf die Prozeßführung Folge zu leisten, und die arme Partei hat das Recht, ihm jederzeit die Vertretungsmacht zu entziehen, Rechte, die grundsätzlich einer gesetzlich vertretenen Person nicht zustehen. Es ist kein Grund abzusehen, weshalb die arme Partei in den Herrschaftsrechten über den Prozeß ungünstiger zu stellen wäre als eine zahlungsfähige Partei.

Es bleibt daher noch zu erörtern, ob in dem Armenrechtsgesuch allgemein schon die Bevollmächtigung und die Auftragerteilung für den beizuordnenden Anwalt zu finden oder doch vermutlich enthalten ist. In der Rechtsprechung und dem Schrifttum sind die Meinungen geteilt. Der erkennende Senat ist zur Verneinung gelangt. Maßgebend für diese Stellungnahme waren zunächst dieselben Gründe, aus denen oben die Annahme abgelehnt worden ist, daß der Armenanwalt durch den Armenrechtsbeschluß zum gesetzlichen Vertreter der armen Partei bestellt werde. Sie behält trotz der Armenrechtsbewilligung völlige Freiheit der Entschließung in der Auswahl ihres Prozeßvertreters. Der armen Partei kann, ebensowenig wie einer zahlungsfähigen, die Person des Anwalts gleichgültig sein. Möglicherweise bringt sie aus irgendwelchen Gründen dem ihr beigeordneten Anwalt kein Vertrauen entgegen. Es können ferner Umstände eintreten, die ihr die Prozeßführung nachträglich unnötig oder unzweckmäßig oder nicht ratsam erscheinen lassen, wenngleich das Gericht bei vorläufiger Prüfung der Sache diese für nicht völlig aussichtslos erachtet hat. Die Partei wäre dann, wenn man der gegenteiligen Ansicht folgt, auf den Widerruf der im Armenrechtsgesuch liegenden Vollmachts-

erteilung angewiesen. Hatte aber ein pflichteifriger Armenanwalt schon, bevor ihm der Widerruf zugeht, die Klage erhoben oder das Rechtsmittel eingelegt, vielleicht daraufhin auch schon die Gegenpartei ihrerseits einen Anwalt bestellt, so würden unnütze Kosten entstanden sein, deren Ersatz weder von der armen Partei, noch auch von dem Armenanwalt zu erlangen wäre. Der einer armen Partei zu gewährende Rechtsschutz darf aber nicht soweit führen, daß die Interessen der Gegenpartei über das unbedingt erforderliche Maß hinaus beeinträchtigt werden. Anderseits erheischt auch das Interesse der armen Partei nicht die gegenteilige Annahme: Denn es kann ihr, auch wenn man nicht schon in dem Armenrechtsgesuch die Vollmachtserklärung findet, sondern es ihrer freien Entschließung überläßt, nach Beiordnung des Anwalts ihn zu ihrem Vertreter zu bestellen, ein Rechtsnachteil nicht entstehen, wenn sie mit der Sorgfalt zu Werke geht, die von jedem, der einen Rechtsstreit führen will, zu verlangen ist. Sie muß dafür Sorge tragen, daß sie nach Zustellung des die Armenrechtsbewilligung aussprechenden Beschlusses den ihr beigeordneten Anwalt so zeitig bevollmächtigt und mit Anweisung versieht, daß etwaige Fristen gewahrt werden können. Ist sie dazu auch bei äußerster Sorgfalt nicht mehr in der Lage, — vorausgesetzt, daß sie sich nicht durch zu späte Einreichung des Armenrechtsgesuchs selbst in diese Unmöglichkeit versetzt hat —, so gewährt ihr die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den erforderlichen Rechtsschutz.

Dazu kommt folgende Erwägung: Der § 80 ZPO. schreibt vor, daß der Bevollmächtigte seine Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben hat. In amtsgerichtlichen und in Ehesachen wird dieser Nachweis von Amts wegen gefordert, in Anwaltsprozessen ist er auf Verlangen der Gegenpartei zu führen. Es ist nun allgemein anerkannt, daß die Vorschrift des § 80 auch für den Armenanwalt gilt. Diese Ansicht gründet sich darauf, daß das Gesetz keine Ausnahme macht, und in der Begründung zu § 74 Abs. 1 des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung (jetzt § 80) ist ausdrücklich ausgesprochen, daß für den Armenanwalt eine Ausnahme nicht gelten solle (vgl. Hahn-Mugdan, Mot. z. ZPO. Bd. 1, S. 189). Hiermit läßt sich aber die Ansicht nicht vereinbaren, daß in dem Armenrechtsgesuch bereits die Vollmacht für den beizuordnenden Anwalt erklärt sei. Wäre dem so, dann bedürfte es für den Armenanwalt nicht mehr des Vollmachtsnachweises; denn der urkundliche Nachweis befände sich schon in Gestalt des Armenrechtsgesuchs und des darauf ergangenen Bewilligungsbeschlusses bei den Gerichtsakten.

Der erkennende Senat befindet sich mit seiner Ansicht in Übereinstimmung mit der Entscheidung des I. Zivilsenats v. 25. Okt. 1916 (Entsch. 89, 42). Dort heißt es S. 44: „Die Zuordnung eines Pflichtanwalts steht — auch in Verbindung mit der Mitteilung des Zuordnungsbeschlusses an die Gegenpartei — der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten ... nicht gleich;" und S. 45: „Mit ihm (dem Beiordnungsbeschluß) erfüllt das Gericht nur seine öffentlich-

rechtliche Pflicht, der armen Partei einen Anwalt zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte zur Verfügung zu stellen. Er verpflichtet zugleich den Anwalt, sich ihr zur Entgegennahme der Vollmacht zur Verfügung zu halten, enthält aber keine Vollmachterteilung und begründet auch nicht die Vermutung einer solchen. Denn die arme Partei ist in ihrem Entschluß, ob sie dem ihr beigeordneten Anwalt Prozeßvollmacht geben will, völlig frei." Die vom erkennenden Senat vertretene Auffassung steht auch, soweit erkennbar, nicht im Widerspruche mit den Entscheidungen des VI. Zivilsenats v. 10. März 1898 (Entsch. 41, 367) und v. 19. Mai 1904 (JW. 1904, 386 Nr. 12). In beiden Entscheidungen ist ausgesprochen, daß der Armenanwalt von dem Zeitpunkt ab, wo ihm seine Beiordnung bekannt geworden ist, in der Lage und veranlaßt sei, für die Partei zu handeln. Worauf der Senat die Pflicht des sofortigen Handelns damals gegründet hat, lassen die Ausführungen nicht erkennen; insbesondere nicht, ob der VI. Senat der Auffassung gewesen ist, daß in dem Armenrechtsgesuch schon die Bevollmächtigung zu finden sei, oder ob er die Veranlassung zum sofortigen Handeln etwa nur aus einer dem Armenanwalt obliegenden Anstandspflicht hergeleitet hat. Zur Herbeiführung einer Plenarentscheidung ist aber auch deshalb kein Anlaß gegeben, weil beide Entscheidungen des VI. Senats altes Recht betreffen.

Wenn hiernach im allgemeinen nicht anerkannt werden kann, daß der Armenanwalt mit der Zustellung des Beiordnungsbeschlusses schon die Eigenschaft des Vertreters der armen Partei erlangt und von da ab für ihn die Rechtspflicht besteht, für die Partei zu handeln, so soll doch andererseits nicht unausgesprochen bleiben, daß, unter Umständen die Anstandspflicht (nobile officium) vom Armenanwalt fordern kann, daß er nach Zustellung des Beiordnungsbeschlusses die Dinge nicht einfach laufen läßt und wartet, bis die Partei sich an ihn wendet, sondern daß er seinerseits alsbald die Sache in Angriff nimmt, besonders wenn Veranlassung besteht, anzunehmen, daß für die Rechte der Partei Gefahr im Verzuge ist. Aber diese Anstandspflicht begründet noch nicht die Vertretereigenschaft des beigeordneten Anwalts ..."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 18. Febr. 1919. D. w. Kreis (LG. OLG. Cöln). VII. 351/18. Auch in Entsch. 94 Nr. 101, S. 342.

---

114. Der Schuldner hat an den gepfändeten, in seinem Gewahrsam belassenen Sachen unmittelbaren Besitz.

ZPO. § 808. BGB. §§ 855. 868.

Die Beklagte ließ 1909 bei dem Gastwirt P. Inventarstücke pfänden. P. verkaufte demnächst sein Grundstück nebst dem Gastwirtschaftsinventar an den gutgläubigen F., der seinerseits das Inventar dem Kläger übereignete. Da die Beklagte, die das Grundstück später in der Zw.-Versteigerung erstanden hatte, das Inventar für sich in Anspruch nahm, klagte der Kläger auf Fest-

stellung seines Eigentums und freien Verfügungsrechts über das Inventar. Die Beklagte bestritt den Eigentumserwerb des Klägers, weil P. nicht Besitzer, sondern nur Besitzdiener des pfändenden Gerichtsvollziehers hinsichtlich des gepfändeten Inventars gewesen sei. Die Klage hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„...Wie sich die Besitzverhältnisse gestalten, wenn der Gerichtsvollzieher die gepfändeten körperlichen Sachen im Gewahrsam des Schuldners beläßt, ist streitig. In der Literatur ist die Ansicht vertreten, daß auch in diesem Falle, wie bei der Fortschaffung der Pfandsachen angenommen wird, der Ger.-Vollzieher unmittelbarer Besitzer ist und der Schuldner die rechtliche Stellung eines Besitzdieners im Sinne des § 855 BGB. einnimmt. Nach einer anderen Meinung wird dann in dem Besitzverhältnisse überhaupt nichts geändert. Die dritte, soweit ersichtlich, von der Mehrzahl der Schriftsteller insbesondere neuerdings vertretene Auffassung geht dahin, daß, wenn die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners bleiben, dieser unmittelbarer Besitzer ist, der Ger.-Vollzieher und durch ihn der Gläubiger mittelbare Besitzer werden.

Der erkennende Senat erachtet die Beurteilung, daß der Schuldner unmittelbarer Besitzer der in seinem Gewahrsam belassenen gepfändeten Sachen ist, für die zutreffende. Der Schuldner darf diese Sachen, wenn ihm auch die Pfändung ihre pflegliche Behandlung zur Pflicht macht, weiter für sich benutzen. Ihm ist nur die Verfügung über sie und die Beseitigung der Pfändungszeichen strafrechtlich verboten (§§ 136, 197 RStGB.). Eine Änderung in dem früheren Besitzverhältnisse tritt, entgegen der vorerwähnten zweiten Ansicht, damit ein, daß der Ger.-Vollzieher die gepfändeten Sachen nach § 808 Abs. 1 ZPO. zunächst in Besitz zu nehmen hat. Beläßt er sie dann im Gewahrsam des Schuldners, so räumt er diesem bis auf weiteres die den unmittelbaren Besitz darstellende tatsächliche Gewalt über sie wieder ein. Der Schuldner wird damit im Sinne des § 868 BGB. zum Besitz der Sachen auf Zeit berechtigt, und ist zur Fortsetzung des Besitzes durch das strafrechtliche Verbot, sie der Verstrickung zu entziehen, verpflichtet. § 868 BGB. hat ein Vertragverhältnis nicht zur Voraussetzung, die dort aufgeführten Vertragformen dienen nur als Beispiele. Ein „ähnliches Verhältnis" kann auch kraft Gesetzes entstehen. § 808 ZPO. hat es geschaffen, indem er in der früheren Fassung als Ausnahme, jetzt als Regel die Belassung von Pfandobjekten im Gewahrsam des Schuldners anordnet. Darin findet die Beurteilung ihre Rechtfertigung, daß bis zur Versteigerung an solchen gepfändeten Sachen der Schuldner, nicht der Gerichtsvollzieher unmittelbaren Besitz hat. Als unmittelbarer Besitzer vermittelt der Schuldner dem Ger.-Vollzieher und dem Gläubiger den Besitz.

Daß der Schuldner die tatsächliche Gewalt über die in seinem Gewahrsam belassenen Pfandobjekte nur als Besitzdiener für den Ger.-Vollzieher oder den Gläubiger ausübt, kann nicht angenommen werden. Der Anwendung

des § 855 BGB. auf die durch § 808 ZPO. geschaffene Rechtslage steht entgegen, daß das Besitzdienerverhältnis Beziehungen zwischen den Beteiligten voraussetzt, bei denen der Besitzdiener vermöge seiner sozialen Abhängigkeit von dem andern Teile dessen sich auf eine Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat (RGEntsch. 71, 248). Wenn nun auch der Schuldner Weisungen, die der Ger.-Vollzieher zur Fortsetzung der Zw.-Vollstreckung über die Pfandobjekte trifft, zu befolgen hat, ist der Grund hierfür doch nicht seine soziale Abhängigkeit von dem Ger.-Vollzieher oder dem Gläubiger, sondern die amtliche Befugnis des Ger.-Vollziehers, der er sich zu fügen hat. Es wird ihm von diesem, wie ausgeführt, der Besitz ja auch nur auf Zeit übertragen ..."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 14. Febr. 1919. B. & Co. w. W. (OLG. Hamburg). VII. 269/18. Auch in Entsch. 94 Nr. 100 S. 341.

---

115. Arrestvollziehung durch Offenbarungsverfahren; Wahrung der Vollziehungsfrist durch Beginn der Vollziehung? Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Arrestvollziehung durch Offenbarungsverfahren?

Vgl. 73 Nr. 172.

ZPO. §§ 929 Abs. 2, 932, Abs. 3.

„Daß auch ein Arrestbefehl Grundlage für das Offenbarungsverfahren sein kann, ergibt sich aus § 928 ZPO. wonach für die Vollziehung des Arrests die Vorschriften über die Zw.-Vollstreckung entsprechend gelten (Thür. Bl. 51, 219; vgl. besonders OLGRspr. 14, 197 und die Nachweisungen im Rechtsgang 2, 68; a. M. OLG. Dresden Sächs. OLG. 28, 272).

Der nicht verkündete Arrestbefehl ist dem Gläubiger formlos am 23. Nov. 1918 ausgehändigt worden. Am 14. Dez. hat er ihn dem Schuldner zustellen lassen, die gleichzeitig versuchte Pfändung war erfolglos. Darauf hat er am 18./19. Dez. den Offenbarungseid gefordert, das Amtsgericht hat am 20. Dez. Termin auf den 30. Dez. bestimmt und den Schuldner dazu am 23. Dez. geladen.

Rechnet man die einmonatige Vollziehungsfrist von der Aushändigung des Arrestbefehls an den Gläubiger, also v. 23. Nov. an, so lief sie am 23. Dez. ab. Die Einleitung des Offenbarungsverfahrens, das nach § 900 ZPO. mit dem Antrage des Gläubigers auf Terminsbestimmung beginnt, fällt also noch in die Frist. Und damit ist der Vorschrift des § 929 Absatz 2 ZPO. genügt. Wenn es dort heißt: Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit der Verkündigung oder Zustellung an den Gläubiger ein Monat verstrichen ist, so wird damit nur gefordert, daß die Vollziehung innerhalb der Frist begonnen haben muß; eine begonnene Vollziehung kann durchgeführt werden, eine neue Vollzehung ist ausgeschlossen. Der in der Begründung zu § 929 Abs. 2 ausgesprochene Zweck der Fristbestimmung, die Vollziehung des Arrests unter vielleicht ganz veränderten Verhältnissen zu verhüten, ist auch mit dieser

Auslegung durchaus vereinbar, und sie führt zu dem zweckmäßigen Ergebnis, daß nicht Zufälligkeiten oder widerspenstiges Verhalten des Schuldners die Vollziehung beeinträchtigen können (vgl. Thür. Bl. 51, 222; ebenso Seuffert ZPO. (11) § 929 Anm. 2; OLG. Kiel OLGRspr. 22, 373; OLG. Colmar, Elſ.-Lothr. Z. 36, 196; a. M. Gaupp-Stein ZPO. (10) § 929 Anm. II 2; RGEntsch. 26, 397; 75, 181; vgl. auch KG. in OLGRspr. 14, 200 und neuerdings OLG. München (mitgeteilt von Dittrich in SeuffBl. 84, 11). „Vollziehung des Arrests" wird in den §§ 928 ff. nicht immer in derselben Bedeutung gebraucht, in § 928 umfaßt „Vollziehung" den ganzen Bereich der Vollziehungshandlungen, in den §§ 930, 932 ist der Kern der Vollziehung (Pfändung und Eintragung einer Sicherungshypothek) gemeint, und der § 929 beschäftigt sich mit dem Beginn der Vollziehung. Denn seine Vorschriften treten an die Stelle des § 750, der nach § 928 auf die Vollziehung des Arrests entsprechend anzuwenden wäre, wenn nicht § 929 dafür besondere Bestimmungen brächte, und § 750 befaßt sich mit dem Beginn der Zw.-Vollstreckung. Das ist ganz deutlich, wenn man den § 929 Abs. 1 (Erfordernis der Vollstreckungsklausel) und § 929 Abs. 3 (Erfordernis der Zustellung an den Schuldner) betrachtet. Zwischen den beiden Absätzen, die sich mit dem Beginn der Vollziehung befassen, steht nun die Fristbestimmung. Danach ist anzunehmen, daß auch sie den Beginn der Vollziehung betrifft, wenn auch der Abs. 3 erst später durch Gesetz v. 30. April 1886 angefügt worden ist.

Dazu paßt auch die Regelung in § 932 Abs. 3. Früher bestimmte sich die Vollziehung des Arrests in das unbewegliche Vermögen nach den Landesgesetzen. Durch das Gesetz v. 17. Mai 1898 wurde das geändert, vollzogen wird der Arrest nunmehr durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Dabei ist bestimmt, daß der Antrag auf Eintragung der Hypothek als Vollziehung des Arrestbefehls im Sinne des § 929 Abs. 2, 3 gilt. Vollziehung nach Abs. 2 u. 3 des § 929 wird also hier gleichgestellt, und maßgebend ist der Beginn der Vollziehung durch den Eintragungsantrag. Diese Regelung ist nicht etwa im Gegensatz zu § 929 Abs. 2 getroffen. Wenn der Beginn der Vollziehung als maßgebend festgestellt wurde, sollte das keine Ausnahme von § 929 Abs. 2 sein. Die Entscheidung des Reichsgerichts (Entsch. 26, 397), die (für das Landesrecht) den Antrag für die Wahrung der Frist nicht genügen ließ, sondern Eintragung innerhalb der Frist verlangte, ist auf die Bestimmung nicht von Einfluß gewesen. Vielmehr heißt es in der Begründung zum § 932 ZPO. (§ 811 a. F.) nur: „Der neue Absatz 3 hängt mit den Bestimmungen des § 929 Abs. 2, 3 (§ 809 a. F.) zusammen, wonach eine gültige Arrestvollziehung sowohl von der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner als von der Wahrung einer bestimmten Frist seit dem Erlasse des Arrestbefehls abhängig ist. Der Entwurf stellt klar, daß mit dem Antrag auf Eintragung der Hypothek der Arrestbefehl im Sinne jener Vorschrift als vollzogen gilt. Auf diese Weise ist die Wahrung der Frist in die Hand des Gläubigers gelegt, ohne daß anderseits ein Interesse

des Schuldners gefährdet würde" (Begründung S. 181). Demgegenüber können auch Bedenken, die etwa aus der Fassung „gilt als Vollziehung" hergeleitet werden, nicht aufkommen. Diese Fassung allein beweist nichts für einen Gegensatz zu der „Vollziehung" in § 929 Abs. 2.

Die Erstreckung der Frist von 14 Tagen auf 1 Monat (Gesetz v. 1. Juni 1909) könnte gegen die dargelegte Ansicht, daß es auf den Beginn der Vollziehung in § 929 Abs. 2 ankomme, verwertet werden. Es könnte scheinen, als ob die Frist verlängert worden sei, weil die Durchführung der Vollziehung in der zweiwöchigen Frist zu sehr erschwert gewesen sei. Das war aber nicht der Grund, vielmehr sollte den Schwierigkeiten begegnet werden, die sich aus der Verzögerung der Ausfertigung verkündeter Arrestbefehle ergaben (Komm.B. zu § 929 Abs. 2 (S. 71)).

Wenn Gaupp-Stein ZPO. § 929 Anm. II 2 ausführt, bei der hier vertretenen Ansicht könne der Gläubiger, der eine Forderung pfänden lasse, die Zustellung des Pfändungsbeschlusses beliebig hinauszögern, so ist zu entgegnen, daß bei jeder Unterbrechung der Vollziehung, vor deren Fortsetzung zu untersuchen ist, ob der Gläubiger mit der Unterbrechung nicht von der ersten Vollziehung Abstand genommen hat und eine neue Vollziehung beginnt. Eine nicht entschuldigte Unterbrechung wird immer so gedeutet werden müssen. Daß der Gläubiger nach der Unterbrechung frühere Vollziehungsakte nutzbar macht, schließt nicht aus, seine weiteren Handlungen als neue Vollziehung anzusehen.

Bestritten ist, ob das Offenbarungsverfahren noch durchgeführt werden darf, wenn feststeht, daß die Vollziehung des Arrestbefehls in Gegenstände, die etwa durch das Offenbarungsverfahren ermittelt werden, innerhalb der einmonatigen Frist nicht mehr beginnen kann. In der Rechtsprechung wird die Vollziehung des Arrests in solche durch das Offenbarungsverfahren ermittelte Gegenstände als neue Vollziehung betrachtet (KG. OLGRspr. 14, 200; 19, 162; OLG. Dresden, Sächs. OLG. 28, 273; OLG. München Seuff. Bl. 84, 11) und daher das Offenbarungsverfahren als zwecklos und damit unzulässig angesehen, wenn eine neue Pfändung nach § 929 Abs. 2 nicht mehr beginnen darf. Nur das OLG. Frankfurt (Recht 08, 405 Nr. 2382) läßt die Durchführung trotzdem zu, weil sich der Gläubiger einen neuen Arrestbefehl verschaffen könne und die Leistung des Offenbarungseides insofern noch Sinn habe. Dieser Gedanke findet sich schon in einer Entscheidung des OLG. Dresden (Sächs. OLG. 26, 188), wird aber in der Entscheidung Sächs. OLG. 28, 273 wieder abgelehnt, da die Voraussetzungen für die Vollziehung wirklich vorliegen müßten und eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für ihr künftiges Eintreten nicht genüge (so auch KG. OLGRspr. 19, 162).

Gewiß kann das Offenbarungsverfahren für sich als besondere Vollziehung herausgehoben werden. Ob das aber ihrem Charakter als bloßem Zwischenverfahren gerecht wird und ob nicht fruchtlose Pfändung, die meist vorausgeht,

Offenbarungsverfahren und anschließende Pfändung als einheitliche Vollziehung betrachtet werden müssen (wenn sie in einem Zuge durchgeführt werden), kann doch recht wohl gefragt werden. Aber die Frage braucht nicht entschieden zu werden. Betrachtet man das Offenbarungsverfahren einmal als Vollziehungsverfahren für sich (als selbständiges Vollziehungsverfahren OLGRspr. 14, 200), so muß man es auch für sich ablaufen lassen. Zum mindesten muß man dann die schon vom OLG. Frankfurt angestellte Erwägung (Recht 1908, 405) gelten lassen, daß sich der Gläubiger einen neuen Arrestbefehl verschaffen kann und daß das Offenbarungsverfahren deswegen doch noch Sinn hat."

Beschluß des OLG. zu Jena (2. Sen.) v. 31. Jan. 1919. 2 W. 4/19.

B—r.

---

116. Bei Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner erst nach Konk.-Eröffnung über das Vermögen des Schuldners erwirbt der Gläubiger kein Absonderungsrecht, auch wenn seine Forderung für den Ausfall festgestellt wird; sie erlischt vollständig, wenn sich der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung am Zw.-Vergleichsverfahren beteiligt und die Quote vorbehaltslos angenommen hat.

KO §§ 3. 4. 49 Nr. 2. 145 Abs. 2. 173. 64.

Der Beklagte erwirkte am 24. Febr. 1913 gegen den Kläger wegen einer Forderung von 1517 ℳ 63 ₰ nebst Zinsen die Pfändung und Überweisung einer dem Schuldner gegen die Firma W. zustehenden angeblichen Kaufpreisrestforderung. Am nämlichen Tage, nachmittags 5 Uhr, wurde über das Vermögen des Schuldners das Konk.-Verfahren eröffnet. Die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an die Drittschuldnerin erfolgte am 27. Febr. 1913. Die Beklagte meldete ihre Forderung im Konk.-Verfahren für den Ausfall an und die Forderung wurde „auf die angemeldeten Beträge für den Ausfall festgestellt".

Der Konkurs endete mit einem Zwangsvergleich, wonach die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger 10% ihres Guthabens ausbezahlt erhielten. Die Beklagte nahm wegen ihrer ganzen Forderung, die sich einschließlich weiterer Kosten auf 1567 ℳ 25 ₰ belief, teil, stimmte für den Vergleich und erhielt am 14. Nov. 1913 die auf ihre Forderung treffende Quote von 156 ℳ 72 ₰ ausbezahlt.

Am 22. Okt. 1917 ließ sie den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß v. 24. Febr. 1913 neuerdings der Firma W. wegen einer angeblich noch bestehenden Restforderung zu 1215 ℳ 19 ₰ zustellen. Der Kläger erhob die Vollstreckungsgegenklage, mit der er Aufhebung der Pfändung, Herausgabe des vollstreckbaren Titels und die Feststellung begehrte, daß die Beklagte befriedigt sei. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Da der Pfändungsbeschluß v. 24. Febr. 1913 erst nach der Konk.-Eröffnung, nämlich am 27. dess. Mts., an die Drittschuldnerin zugestellt wurde, konnte die Beklagte in diesem für die Wirksamkeit der Pfändung gemäß § 829 Abs. III ZPO. maßgebenden Zeitpunkte kein Absonderungsrecht mehr an einer zur Konk.-masse gehörenden Forderung erwerben (KO. §§ 3, 4, 49 Nr. 2). Der Vollstreckungsakt am 27. Febr. 1913 ist also als unwirksam zu erachten. Diese Rechtslage hat sich nicht dadurch geändert, daß der Konk.-Verwalter die Tatsache der verspäteten und unwirksamen Zustellung „übersehen" hat und daher die beklagtische Forderung, die sich rechtlich als einfache Konk.-Forderung darstellt, irrtümlich für den Ausfall festgestellt wurde. Die Beklagte kann sich insbesondere nicht auf § 145 Abs. II KO. berufen. Diese Bestimmung bezieht sich schon ihrem Wortlaute nach nicht auf etwaige Vermerke über die Anerkennung von Absonderungsrechten. Solche Vermerke nehmen an der Rechtskraft der Tabelle nicht teil (Jaeger KO. 5. Aufl. Anm. 6 und 10 zu § 4).

Die Forderung der Beklagten ist nun aber in der Folge völlig erloschen und daher ist auch die Vollstreckungshandlung v. 22. Okt. 1917 und jede weitere Vollstreckung aus den klagegegenständigen Schuldtiteln unzulässig.

Die Beklagte hat sich mit der ganzen Forderung am Zwangsvergleich beteiligt, sie hat für den Zwangsvergleich gestimmt und die zehnprozentige Zwangsvergleichsquote für ihre ganze Forderung ausbezahlt erhalten und angenommen.

Der Zwangsvergleich ist ein Vertrag, und zwar hinsichtlich des die Vergleichsquote überschießenden Forderungsbetrages ein Erlaßvertrag mit dem Gemeinschuldner (Jaeger Anm. 8 zu § 173 KO.; RGEntsch. 77, 404; Leipz. Zeitschr. 1911, 556).

Durch die Annahme einer Zwangsvergleichsquote für den vollen Forderungsbetrag erlischt nicht nur ein etwa vorhandenes Absonderungsrecht, das hier überhaupt nicht bestanden hat (Jaeger Anm. 16 zu § 64 S. 887, 888; RGEntsch. 16, 71, 64, 428; 77, 403 — sondern es ist auch der Rest der Forderung erlassen. Das Schuldverhältnis ist damit erloschen (§ 397 BGB.)). Gleichgültig ist, ob der Vertreter des Gemeinschuldners der Beklagten zugesagt hat, daß das irrtümlich als bestehend angenommene Pfandrecht bestehen bleiben solle. Denn es hat in Wirklichkeit nicht bestanden. Hätte es aber bestanden, so wäre die bezügliche Vereinbarung nach §§ 181, 193 KO. nichtig gewesen (Jaeger Anm. 2 u. 4 zu § 181 KO; RGEntsch. 72, 48).

Die Vollstreckungsgegenklage ist sohin gerechtfertigt."

Urteil des OLG. zu München (1. Sen.) v. 30. Dez. 1918. R. c. S. Br. Reg. L 428/1918. F—z.

---

117. Pflicht des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller, insbesondere auch im Erbscheinverfahren durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben.

FGG. §§ 12. 20. 87 Abs. 2. 99. 154; GBO. § 18; BGB. § 2358.

Aus den Gründen des über die weitere Beschwerde ergangenen Beschlusses:

„.... Die Frage, ob der Richter in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verpflichtet ist, dem Antragsteller zur Beseitigung leicht behebbarer Hindernisse seines Antrags Gelegenheit zu geben, ist zu bejahen. Das FGG. ist von dem Bestreben geleitet, das Gericht auf eine möglichst weitgehende Unterstützung der Beteiligten hinzuweisen. So ist in § 12 bestimmt, daß das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat. Diese Ermittelungspflicht erstreckt sich nicht nur auf die für die Sachentschließung in Betracht kommenden Tatsachen, sondern auch auf die Voraussetzungen des Verfahrens (Schlegelberger § 12 Anm. 4). Demgemäß hat der Senat in der Entsch. KGJ. 24 S. A 148 die Verpflichtung des Gerichts, eine fehlende Vollmacht nachzufordern, nicht nur aus § 13, sondern auch aus § 12 gefolgert. Allerdings ist die Bestimmung des § 12 nach § 1, insoweit nicht anwendbar, als etwas anderes bestimmt ist, so daß sie versagt, wenn dem Antragsteller durch Gesetz die Verpflichtung auferlegt wird, selbst dem Gerichte die erforderlichen Unterlagen für die Entscheidung zu verschaffen (Schlegelberger § 12 Anm. 4; Ebert-Dudek-Lindemann FGG. § 12 Anm. 1a γ; KGJ. 33 S. A 90). Also auch für Fälle dieser Art hat das Gesetz eine sofortige Ablehnung des Antrags wegen Unvollständigkeit für unzulässig erklärt. So hat es dem Gerichte bei der Vermittelung der Auseinandersetzung von Miterben die Verpflichtung auferlegt, im Falle der Notwendigkeit weiterer Aufklärung den Antragsteller zur Ergänzung des Antrags zu veranlassen (§ 87 Abs. 2). Diese Vorschrift findet nach § 99 auch auf die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts bei Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft Anwendung. Weiter schreibt der § 154 vor, daß das Gericht, wenn es eine Vervollständigung der Unterlagen der Dispacho für notwendig hält, die Beibringung der erforderlichen Belege anzuordnen hat. Alle diese Vorschriften stellen sich als Ausfluß eines einheitlichen Grundsatzes dar, der darin besteht, daß das Gericht tunlichst den Beteiligten Gelegenheit zu geben hat, unvollständige Unterlagen der Entscheidung zu ergänzen. Dieser Grundsatz ist auch bereits in der Rechtslehre anerkannt worden, so z. B. von Josef (ZBl FG 7, 481) und Boschau (Nachlaßsachen 1, 64). Es liegt offenbar auch den Ausführungen von Ebert-Dudek-Lindemann in Anm. 1a γ und von Schlegelberger in Anm. 4 zu § 12 zugrunde; denn wenn diese darauf hinweisen, daß der Antragsteller, falls er der ihm obliegenden Beweisschaffungs-

pflicht trotz Aufforderung nicht nachkomme, mit seinem Antrag abzuweisen sei, so kann das kaum anders verstanden werden, als daß sie ohne eine vorgängige Aufforderung die Zurückweisung des Antrags für ungerechtfertigt halten. Der bezeichnete Grundsatz rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß das Gericht bei der Behandlung von Anträgen unnöttge Härten nach Möglichkeit vermeiden soll. Demgemäß muß er namentlich dann Platz greifen, wenn den Anträgen leicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. Aus derselben Erwägung heraus hat der Senat mit Bezug auf § 18 GBO. in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß die dort zugelassene Fristbestimmung zwecks Hebung von Eintragungshindernissen geboten ist, wenn die Hebung der Hindernisse voraussichtlich ohne Schwierigkeiten zu erwarten ist (KGJ. 24 S. A 83; vgl. auch Güthe GBO.[3] § 18 Anm. 20). Wenn in § 18 GBO. die Frage eine besondere Regelung erfahren hat, so beruht das auf der Bedeutung, die nach §§ 17. 18. Abs. 2 GBO. dem Antrage für die Rangstellung der beantragten Eintragung zukommt.

Was insbesondere das Erbscheinverfahren betrifft, so hat allerdings die entsprechend dem § 12 FGG. dem Gerichte durch § 2358 BGB. auferlegte Amtstätigkeit zur Voraussetzung, daß der Antragsteller die in §§ 2354 bis 2356 BGB. vorgesehenen Unterlagen für die Entscheidung bereits beigebracht hat (KGJ. 26 S. A 62). Das schließt aber nicht aus, daß das Gericht befugt ist, die Beteiligten durch seine Amtstätigkeit bei der Beschaffung der Unterlagen zu unterstützen (Schlegelberger § 12 Anm. 4), und das Gericht ist nach den vorstehenden Ausführungen verpflichtet, auch fehlende Unterlagen nachzufordern, wenn die sofortige Zurückweisung des Antrags eine unnötige Härte bedeuten würde. In Übereinstimmung hiermit hat der Senat in einem Beschlusse vom 28. Juni 1917 (1 X. 127/17) aus Anlaß eines Falles, wo der Antrag auf Erteilung eines Erbscheines nichts über die angeordnete Tastamentsvollstreckung enthält, ausgeführt, daß dieser Mangel nicht ohne weiteres zur Zurückweisung des Antrags hätte führen dürfen, sondern dem Gerichte hätte Anlaß geben müssen, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung die Ergänzung des Antrags aufzugeben." ....

Beschluß des Kammergerichts zu Berlin (1. Sen.) v. 11. Oktober 1917. 1 X. 214/17. KGJ. 50 S. A. 1.

I. Bürgerliches Recht.

118. Einfluß der Festsetzung von Höchstpreisen auf laufende Verträge?

Vgl. 4 Nr. 199.

BGB. §§ 134. 138. 323.

Die Klägerin kaufte von der Beklagten 12000 kg Terpentinölersatz, 100 kg für 110 ℳ, Lieferung wenn möglich im April, Mai und Juni 1915. Hiervon lieferte die Beklagte gegen Vorausbezahlung im Mai 1915 8237 kg und den Rest von 3763 kg Anfang Juli 1915. Zwischen beiden Lieferungen erließ der Gouverneur des Reichskriegshafens Kiel unter dem 1. Juni 1915 eine Bekanntmachung betr. Verwendung von Benzol und Solventnaphtha sowie Höchstpreise für diese Stoffe. Mit Rücksicht auf diese Bekanntmachung zahlte die Klägerin den für die restlichen 3763 kg fälligen Betrag unter dem Vorbehalte, daß das verkaufte Produkt nicht unter die Höchstpreise falle.

Die Klägerin behauptete, daß der ihr gelieferte Terpentinölersatz Solventnaphtha II gewesen sei, für das nach der Bekanntmachung des Gouverneurs ein Höchstpreis von 33 ℳ für 100 kg festgesetzt sei, und verlangte von der Beklagten die Rückzahlung der mit 77 ℳ für 100 kg zuviel bezahlten 3763 kg auf Grund des § 812 BGB. wegen ungerechtfertigter Bereicherung sowie auch auf Grund des § 823 Abs. 2 BGB., weil die Beklagte durch Überschreitung der Höchstpreise gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen habe. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob die Bekanntmachung vom 1. Juni 1915 rückwirkende Kraft auch auf vor ihrem Erlaß abgeschlossene, aber bei ihrem Inkrafttreten ganz oder teilweise noch nicht erfüllte Verträge hat. Der bereits vom Vordergericht vertretenen verneinenden Auffassung ist beizutreten. Sie wird auch unterstützt durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts. (Vgl. insbes. RGEntsch. 93, 316 ff.)

Wie auch das Reichsgericht besonders hervorhebt, ist davon auszugehen, daß es einem feststehenden Rechtsgrundsatz entspricht, daß Rechtsverhältnisse, falls nicht besondere Gründe dem entgegenstehen, sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen, wie auch ihres Inhalts und ihrer rechtlichen Wirkungen nach demjenigen Gesetz zu beurteilen sind, unter dessen Herrschaft sie zustande kommen. Aus diesem Grundsatz folgt, daß später erlassene ge-

setzliche Vorschriften für ihre Beurteilung und Wirksamkeit, wenn das nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, keinen Einfluß haben; wie denn auch vom Reichsgericht wiederholt entschieden ist, daß Gesetze in der Regel keine rückwirkende Kraft haben. (Vgl. RG. 51, 161; 54, 154.)

Bei der Beurteilung von Verträgen kommt noch weiter in Betracht, daß das Interesse der Rechtssicherheit gebietet, wirksam abgeschlossene Verträge, soweit nicht zwingende Gründe dagegen sprechen, soweit als möglich aufrechtzuerhalten. Diese Erwägung vor allem muß dazu führen, eine Rückwirkung von Höchstpreisfestsetzungen zu verneinen, wenn sich dieselbe nicht zweifellos aus der erlassenen Verordnung selbst ergibt. Aus dem Zweck der Höchstpreisfestsetzungen allein, der auf die zukünftige Preisregelung gerichtet ist, läßt sich für die Rückwirkung nichts entnehmen, um so weniger, als die praktischen Folgen im Einzelfalle zu unerträglichen Härten für den Verkäufer führen können, namentlich wenn dem Käufer der Kaufpreis gestundet war. In diesem Falle würde das Entgegenkommen des Verkäufers dadurch gelohnt werden, daß er infolge der rückwirkenden Kraft einer nachträglichen Höchstpreisfestsetzung um seinen an sich verdienten Gegenwert kommen würde.

Gegenüber diesen durchschlagenden Erwägungen muß verlangt werden, daß die Rückwirkung einer Höchstpreisfestsetzung auf ältere Kaufgeschäfte, wenn sie eintreten soll, ausdrücklich angeordnet wird. Eine derartige Anordnung ist weder in dem Gesetz betreffend Höchstpreise vom 4. Aug. 1914 in der Fassnng der Bekanntmachung vom 17. Dez. 1914 und vom 21. Febr. 1915, auf Grund deren die Bekanntmachung des Gouverneurs erlassen ist, noch in dieser Bekanntmachung selbst enthalten. Die Rückwirkung läßt sich auch nicht aus dem § 9 der Bekanntmachung entnehmen, nach der gewisse Preisvereinbarungen, soweit sie die Höchstpreise nicht überschreiten, durch die Höchstpreisfestsetzung nicht berührt werden. Diese Bestimmung ist in ihrer positiven Bedeutung selbstverständlich und hätte keiner ausdrücklichen Regelung bedurft. Anderseits ist sie zu unklar gefaßt, um aus ihr den Gegenschluß ziehen zu können, daß die älteren Verträge, die nicht unter den § 9 fallen, von der Höchstpreisfestsetzung rückwirkend betroffen werden sollen. War dies beabsichtigt, so hätte es ausdrücklich erklärt werden müssen."

Urteil des OLG. zu Kiel (2. Sen.) v. 18. Febr. 1919. T. u. A. w. B. U. II. 112/16. Schl.-Holst. Anz. 1919, S. 69.

---

119. Klagerecht der Mitglieder des Vorstandes einer politischen Partei auf Rückzahlung eines aus der Parteikasse gewährten Darlehns?

Vgl. 70 Nr. 26 m. N; 71 Nr. 77.
BGB. §§ 54. 607; ZPO. § 50.

Die Kläger, die nach ihrer Angabe den Vorstand der sozialdemokratischen Partei Deutschlands bildeten, verlangten mittels Klage einen Betrag von

39716,35 ℳ zurück, den die Beklagte als Darlehen erhalten haben sollte. In den Vorinstanzen wurde die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht gab der Revision statt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach den Ausführungen der Klagseite ist der Parteivorstand der sozialdemokratischen Partei Deutschlands fiduziarischer Eigentümer des der Partei zustehenden Vermögens. Unstreitig hat der Parteivorstand als solcher aus Mitteln dieses Vermögens die als Darlehn eingeklagten Beträge hingegeben. Die Klagseite verlangt deren Rückzahlung im eigenen Namen; fürsorglich ist beantragt, die verlangten Beträge zugunsten des Vereins „Sozialdemokratische Partei", vertreten durch die Kläger, zu hinterlegen. Als Parteivorstand bilden die Kläger nach ihrer im vorliegenden Rechtsstreit vorgetragenen Rechtsansicht einen nicht rechtsfähigen Verein.

Die Beklagte hat in erster Reihe die Aktivlegitimation der Kläger bestritten. Demgegenüber ist der Klaganspruch — außer der bereits angeführten fiduziarischen Verfügungsmacht des Parteivorstandes über das Parteivermögen — auf die Behauptung gegründet worden, der Parteivorstand und die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die Firma Bock & Co., seien darüber einig gewesen und hätten es bei der Hingabe der eingeklagten Beträge zum Ausdruck gebracht, daß diese Beträge von den damaligen Mitgliedern des Parteivorstands aus eigenem Rechte gegeben würden und daß rückforderungsberechtigt immer die jeweiligen Mitglieder des Parteivorstands aus eigenem Rechte sein sollten.

Zur Gültigkeit eines Sonderabkommens der letztgedachten Art hält das Berufungsgericht Schriftform nach BGB. § 780 für erforderlich und bei deren Fehlen dieses Vorbringen für unbeachtlich. Im übrigen nimmt das Berufungsgericht an, daß die Kläger nur Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins, nicht selbst ein solcher seien, und daß die eingeklagte Forderung nicht zu ihrem Vermögen, sondern zu dem des Vereins gehöre, dessen Vorstand sie bilden. Im besonderen hat das Berufungsgericht gegenüber dem Vorbringen der Klagseite, der Parteivorstand sei fiduziarischer Eigentümer des Parteivermögens, ausgeführt: Ein solches Treuhandverhältnis sei überhaupt nur denkbar unter der Voraussetzung, daß die Partei, was im Rechtsstreit bestritten worden war, einen nicht rechtsfähigen Verein darstelle; andernfalls könnte sie kein Eigentum besitzen, daher auch niemand für sie als Treuhänder ihr Vermögen besitzen könnte. Die sozialdemokratische Partei als solche, der jeder angehöre, welcher sich zu den Grundsätzen des Parteiprogramms bekenne und außerdem Mitglied der Parteiorganisation sei, sei aber in der Tat eine rechtlich organisierte Personenverbindung und als nicht rechtsfähiger Verein anzusehen. Dafür indessen, daß der Vorstand als Treuhänder Eigentümer des Vereinsvermögens sei, ergebe die Satzung der Partei (von 1905 in § 21 und von 1912 in § 17) keinen Anhalt. Auch müßte, wenn das Vereinsvermögen dem Vorstand als Treuhänder gehörte, bei jedem

Wechsel der Vorstandsmitglieder eine Übertragung des Vermögens auf den neu gewählten Vorstand stattfinden. Mit Recht hat die Revision hiergegen rechtliche Bedenken erhoben. Auch wenn der Partei als solcher Vereinscharakter nicht zukommen sollte, kann ein Treuhandverhältnis des Vorstands, und zwar zu den Mitgliedern, rechtlich gedacht werden und praktisch in besonders hohem Maße geboten sein. Auch für die Annahme, daß es gegebenenfalls auf neueintretende Vorstandsmitglieder einer Übertragung des Vermögens bedurft hätte, erhellt kein ausreichender Grund. Die Frage, ob die sozialdemokratische Partei als solche ein nicht rechtsfähiger Verein ist, ist anscheinend nur auf Grund des BGB. geprüft worden, ob der Umstand beachtet ist, daß das in Rede stehende Darlehnsverhältnis inhaltlich des vorgelegten Kontoauszuges mit dem Jahre 1896 (31. I.) beginnt, erhellt nicht. Gegenüber der Auslegung des Organisationsstatuts wird von der Revision unter Berufung auf das BGB. § 133 erneut auf die Anführungen zur Entstehungsgeschichte des § 17 (früher 21) und die mit Beweis vertretene Behauptung verwiesen, daß diese Vorschrift nach Ansicht der an ihrer Schaffung Beteiligten den Gedanken habe zum Ausdruck bringen sollen, dem Parteivorstand solle das Recht am Parteivermögen fiduziarisch zustehen, und daß sie auch stets im Einverständnis mit der Kontrollkommission so gehandhabt worden sei. Im Hinblick auf die praktisch bedeutsame, auch im vorliegenden Rechtsstreit angeführte Schwierigkeit, im Falle eines prozessualen Vorgehens die bei dem Mangel der aktiven Parteifähigkeit gebotene Anführung aller als Kläger auftretenden Mitglieder (vgl. ZPO. § 50, Abs. 2, RG. 78 S. 306 u. das. angef. RG. 57 S. 92, K. v. RGK.[2] § 54 Erl. 1) zu bewirken, kann jenem im Berufungsurteil nicht besprochenen Vorbringen der Klage für die Auslegung der fraglichen Vorschrift in der Tat eine sachliche Bedeutung beigemessen werden.

Es kommt aber auf alles das hier entscheidend nicht an, da das Urteil im übrigen wegen der bezüglich des behaupteten Sonderabkommens gegebenen Begründung aufzuheben war. Dem Hinweis des Berufungsgerichts auf BGB. § 780 scheint der Gedanke zugrunde zu liegen, daß die Klage, wie erhoben, eine ausreichende Stütze nur in einem selbständigen, d. h. in einem solchen Schuldversprechen finden könne, das von der Grundlage des zugunsten und zu Lasten der Partei geschlossenen Darlehnsvertrags völlig gelöst ist. Der ganze einschlägige Vortrag der Klagseite war aber in erster Reihe auf einen anderen Gedanken gerichtet, daß nämlich der Darlehnsvertrag als solcher mit dem Parteivorstand nach dessen jeweiligem Mitgliederbestand geschlossen sein solle. Ob ein solcher Vertragsschluß nach dem Statut zulässig ist, ist bisher nicht untersucht und hier nicht ohne weiteres zu entscheiden. Jenes Vorbringen der Klagseite ist daher im Berufungsurteil nicht beschieden und durch den Hinweis auf § 780 BGB. rechtlich nicht erledigt. Zutreffend hat die Revision hierzu im übrigen ausgeführt, daß es rechtlich nicht unzulässig sei,

ein Darlehnsverhältnis von vornherein zugunsten einer dem Wechsel ihrer Mitglieder unterworfenen Personenmehrheit zu begründen, und weiter, daß für die Erlangung der Forderung aus der Darlehnsgewährung bedeutungslos der Umstand ist, aus wessen Vermögen das als Darlehn Gegebene stammt."
Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 14. April 1919. O. V. u. Gen. w. W. V. & Co., G. m. b. H. (Kammergericht). VI. 45/19.

---

120. Anspruch des Zwangsverwalters auf Rückschaffung vom Eigentümer nach der Beschlagnahme veräußerter Zubehörsachen*; Brauereieinrichtung als Grundstückszubehör.**

*Vgl. 58 Nr. 224; **Vgl. 67 Nr. 146 m. N.

BGB. §§ 97. 98. 1120. ZVG. §§ 20. 23. 146. 148. 152.

Die Beklagte kaufte im Januar 1918 von Hermann S. einen zu dessen Brauereibetriebe gehörigen Dampfkessel nebst einigen kleinen Apparaten zum Preise von 4000 ℳ und ließ diese Gegenstände von dem Berliner Grundstück des Verkäufers nach Hamburg befördern. Am 12. Nov. 1914 war über das Grundstück des S. die Zwangsverwaltung angeordnet und der Kläger zum Zwangsverwalter bestellt worden.

Der Kläger verlangte Zurückschaffung der erwähnten Gegenstände, ev. Ersatz ihres Wertes mit 4000 ℳ, mit der Behauptung, sie seien wesentliche Bestandteile des Grundstücks im Sinne von § 94 BGB. gewesen, auf jeden Fall aber Zubehör, da das Grundstück vor längerer Zeit dauernd zum Betriebe einer Brauerei eingerichtet und die Gegenstände diesem Betriebe gewidmet, mithin durch Einleitung der Zwangsverwaltung von der Beschlagnahme ergriffen worden. Die Klage hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„... Unstreitig sind die streitigen Gegenstände etwa drei Jahre nach der am 12. Nov. 1914 angeordneten Zwangsverwaltung von dem Eigentümer des Grundstücks verkauft und von der Beklagten aus dem Grundstück entfernt worden. Waren sie also Zubehör des Grundstücks, so verlor der Eigentümer des Grundstücks mit dem Zeitpunkte der Beschlagnahme, als welcher der Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsverwaltung gilt, gemäß §§ 146, 20 ZVG. und § 1120 BGB. die Verfügungsgewalt über die Sachen. Kraft Gesetzes erstreckte sich die Hypothek auch auf die beweglichen Gegenstände, die dem Gläubiger als Zubehör des belasteten Grundstücks mithafteten, und deren Haftung durch ihre Wegschaffung vom Grundstücke, da der Wegschaffung eine wirksame Veräußerung nicht zugrunde lag, nicht erloschen war. Der Eigentumserwerb der Beklagten war daher gemäß § 135 Abs. 1 BGB. in Verbindung mit § 20 ZVG. gegenüber den Gläubigern des Grundstücks unwirksam. Hieraus ergibt sich für letztere ein Anspruch auf Rückschaffung

der weggebrachten Gegenstände, den Kläger für diese geltend zu machen gemäß § 152 ZVG. legitimiert ist. Die im Jahre 1913 geschehene Sicherungsübereignung hat nach § 1121 Abs. 1 BGB. die Haftung nicht zum Erlöschen gebracht, weil die Sachen damals nicht vom Grundstücke entfernt worden sind.

Zu Unrecht beruft sich die Beklagte auf gutgläubigen Erwerb gemäß § 932 BGB. Die Veräußerung und Entfernung der Sachen hat nach der Beschlagnahme stattgefunden (§ 1121 BGB.), welche durch die Eintragung des Zwangsverwaltungsvermerks in das Grundbuch als bekannt galt (§§ 23, 148 ZVG.). Auf gutgläubigen Erwerb kann sich sonach die Beklagte nicht berufen. Es kann sich daher nur darum fragen, ob die streitigen Gegenstände Zubehör des Grundstücks geworden und bis zu dem Zeitpunkt der Beschlagnahme geblieben sind. Dies muß bejaht werden.

Der Eigentümer Hermann S. hat schon 1903 einen Brauereibetrieb auf dem Grundstück unterhalten. Er hat damals ausweise der Grundakten die Brauereieinrichtung als Zubehör des Grundstücks anerkannt und noch Anfang Dezember 1914, also nach Anordnung der Zwangsverwaltung, die Brauerei in seinem Grundstück betrieben. Zu Unrecht behauptet er daher jetzt, es habe sich nur um einen vorübergehenden Betrieb gehandelt. Seine Behauptung wird aber auch widerlegt durch den von ihm mit seinem Bruder Ludwig S. im Jahre 1913 abgeschlossenen Vertrag. In diesem Vertrage bezeichnet sich Hermann S. selbst als Brauereibesitzer und übereignet das gesamte Inventar seines „Brauhauses" im Taxwerte von 58600 ℳ für ein ihm gewährtes Darlehn sicherungshalber seinem Bruder. Das Verzeichnis des Inventars in Verbindung mit dem Wert desselben ergibt zweifelsfrei, daß es sich keineswegs nur um eine vorübergehende, sondern um eine dauernde Einrichtung gehandelt hat. U. a. werden in dem Verzeichnis 23 Pferde und 20 Wagen aufgeführt. Der Umfang und Wert des Inventars läßt ohne weiteres erkennen, daß es sich um eine Einrichtung gehandelt hat, die geeignet war, einem ordnungsmäßigen Brauereibetrieb zu dienen. Es erscheint daher ohne Bedeutung, ob der Betrieb des Hermann S. verglichen mit den Berliner Großbrauereien als klein anzusehen war und im Berliner Volksmunde als „Quetsche" bezeichnet wurde. Unerheblich ist auch, ob S. bei Veräußerung der streitigen Gegenstände den Brauereibetrieb aufgegeben hatte. Es genügt, daß im Sinne des § 98 BGB. eine dauernde Einrichtung zum Brauereibetriebe vorlag und daß in dem Zeitpunkte der Beschlagnahme die Zubehörstücke noch zum Brauereibetriebe gehörten und sich auf dem Grundstücke befanden. Ohne Belang ist es endlich, daß der Brauereibetrieb nur auf einem Teile des Grundstücks eingerichtet war. Es genügt, daß nur ein Teil des Grundstücks dem Betriebe diente, vorausgesetzt, daß eine dauernde Einrichtung vorlag und die zum Betriebe des Gewerbes zu dienen bestimmten Sachen zu dem Grundstück in ein ihrer Bestimmung entsprechendes räumliches Verhältnis gebracht waren und zur Zeit der Beschlagnahme sich in diesem Ver-

hältnis noch befanden (§§ 97. 98 BGB.). Beide Voraussetzungen sind gegeben. . . ."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 13. März 1919. R. M. w. Firma G. u. S. Bf. III 422/18. B.

---

121. Geschäfte sind nicht deshalb nichtig, weil den Parteien die vorgeschriebene Handelserlaubnis fehlt.

BGB. § 134; BRV. v. 24. 6. 1916.

„Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß das zwischen den Parteien getätigte Geschäft wegen der beiden Parteien fehlenden Handelserlaubnis gegen das in der Bekanntmachung vom 24. Juni 1916 enthaltene Verbot verstoße und nach § 134 BGB. nichtig sei; die Ausnahme des § 134 BGB., daß sich aus dem Gesetze ein anderes als die Nichtigkeit ergebe, treffe nicht zu.

Das Berufungsgericht vermag dieser Auffassung des Landgerichts sich nicht anzuschließen. Die Parteien haben in ihren Ausführungen entscheidendes Gewicht auf die Unterscheidung gelegt, ob sie hinsichtlich der Frage der Zugehörigkeit von Zitronensäure zu den erlaubnisbedürftigen Lebensmitteln sich zur Zeit des Abschlusses der Geschäfte in gutem Glauben befunden hätten und daher straffrei seien. Die Parteien haben weiter hinsichtlich der Strafbarkeit erörtert, ob der beim Beklagten durch die Mitteilung der Deputation für Handel, Schiffahrt und Gewerbe vom 13. Dez. 1917 Anlage B (11) in Fortfall gekommene gute Glaube einen Einfluß auf die Möglichkeit der Erfüllung oder gar die Verpflichtung zur Erfüllung habe. Diese Erörterungen der Parteien verkennen das für die Entscheidung Wesentliche bei der Beurteilung der Frage der Nichtigkeit. Die Frage wird nämlich nicht aus der Erörterung der Strafbarkeit der Vertragschließenden beantwortet. Ob nämlich im einzelnen Falle die Parteien aus persönlichen oder subjektiven Gründen, sei es wegen Anwendbarkeit der Bundesratsverordnung vom 18. Jan. 1917, sei es wegen Irrtums über die Zugehörigkeit von Zitronensäure zu den „Lebensmitteln", straffrei sind oder nicht, ist für die Frage der Nichtigkeit gleichgültig, denn der § 134 BGB. läßt die Nichtigkeit — falls sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt — nicht wegen der Strafbarkeit, sondern wegen des Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot eintreten. Ein im einzelnen Falle strafloses Geschäft mit Lebensmitteln durch solche Vertragschließende, welche keine Handelserlaubnis haben, bleibt trotz der fehlenden Strafbarkeit immer ein solches, welches gegen das gesetzliche Verbot verstößt. Es ist daher lediglich zu untersuchen, ob sich für derartige Geschäfte in Lebensmitteln durch Händler, die keine Handelserlaubnis haben, durch das Gesetz ein anderes als die Nichtigkeit ergibt.

Staudinger sagt zu diesem Punkte in Nr. 4 zu § 134 BGB:

„Die abweichende Bestimmung, aus welcher sich die Wirksamkeit des gegen das Verbot vorgenommenen Geschäftes ergibt, braucht im Verbotsgesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, sondern kann auch im Wege der Auslegung aus ihm zu entnehmen sein und kann auch in seinem legislatorischen Grunde gefunden werden, auf welchen demnach zurückzugehen ist."

Ähnlich der Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 134 BGB. Note 2.

Der gesetzgeberische Grund für das in der Bekanntmachung vom 24. Juni 1916 ausgesprochene Verbot des Handels mit Lebensmitteln durch Personen ohne Handelserlaubnis ist die Fernhaltung unzuverlässiger oder mit dem Handelszweig nicht vertrauter Personen vom Lebensmittelhandel. Man befürchtete, daß die freie Zulassung dieser Personen zum Handel mit Lebensmitteln, sei es wegen ihrer Unzuverlässigkeit, sei es wegen ihrer Unerfahrenheit, eine Verteuerung der notwendigen Lebensmittel für den Verbraucher zur Folge haben würde; und diesem wirtschaftlichen Übelstande wollte man wirksam entgegentreten. Die Erkenntnis dieses gesetzgeberischen Grundes der Verordnung kann nun nicht zu der Annahme führen, daß ohne weiteres jedes von einem Nichtberechtigten abgeschlossene Geschäft den wirtschaftlichen Gedanken und Zweck der Verordnung verletzen müsse. Der Makel der Unwirtschaftlichkeit haftet nicht, wie etwa bei den preiswucherischen oder den Kettenhandelsgeschäften, an dem Geschäfte als solchem und ihrem wirtschaftswidrigen Charakter; vielmehr ist das Geschäft an sich seiner Art und seinem Inhalte nach, falls es sich nicht aus anderen Gründen als sittenwidrig darstellt, nicht zu beanstanden. Der gesetzgeberische Grund und der wirtschaftliche Gedanke der Verordnung bietet daher keinerlei Handhabe dafür, dem einzelnen durch einen Nichtberechtigten getätigten Geschäfte in Lebensmitteln die zivilrechtliche Wirksamkeit zu versagen. — In gleichem Sinne hat der IV. Zivilsenat dieses Gerichts in seinem in der Hans. Rechtszeitschrift 1918 S. 661 Nr. 54 abgedruckten Urteil vom 5. Juni 1918 (Aktenz. Bf. IV 441/17) entschieden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 15. Mai 1919. A. F. B. M. w. G. H. Sch. Bf. VI 393/18. Nö.

---

122. Die Nichtigkeit eines sog. Knebelungsvertrags setzt keine Absicht der Benachteiligung des wirtschaftlich schwächeren Teils voraus; Ausbeutung der Unerfahrenheit.

Vgl. 72 Nr. 92 m. N.

BGB. § 138.

Die Ehefrau des Klägers hatte gegen ihren Vater, den Beklagten, als Erben ihrer Mutter und ihres Oheims Vermächtnisforderungen von zusammen 35000 M. Durch notariellen Vertrag vom 30. April 1914 zwischen ihr

und dem Beklagten war diese Forderung unter Umwandlung in ein mit 5 v. H. verzinsliches Darlehn auf 40000 ℳ erhöht und auf dem Grundbesitz des Beklagten hypothekarisch eingetragen worden. Ferner war bestimmt, die Tochter dürfe die Forderung bis 1. April 1935 nicht kündigen oder abtreten, dem Vater würde ein lebenslänglicher Nießbrauch an der Forderung bestellt und ihm eine unbeschränkte, bis zum vorbezeichneten Zeitpunkt unwiderrufliche Vollmacht zur Verfügung über Forderung und Hypothek erteilt unter ausdrücklicher Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB. Etwa ein Jahr nach Abschluß des erwähnten Vertrags verpfändete der Beklagte die Hypothek an einen Gläubiger von ihm; inzwischen hatte er den Offenbarungseid geleistet. Der Kläger bezeichnet den fraglichen Vertrag als nichtig, weil er gegen die guten Sitten verstoße, und klagte auf Zahlung von 35000 ℳ. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Das Ber.-Gericht verkennt zwar nicht die Bedenklichkeit des Verhaltens des Beklagten und meint, darin, daß er sich eine unwiderrufliche, ihm die ausschließliche Verfügung über das Vermögen der Tochter gewährende Vollmacht ausstellen ließ, wäre ein Verstoß gegen die guten Sitten dann zu erblicken, wenn er von vornherein die Absicht gehabt hätte, von dieser Vollmacht zum Nachteil der Tochter Gebrauch zu machen. Solches sei aber nach Lage der Sache nicht anzunehmen; das Verhältnis von Vater und Tochter lasse eine solche Absicht im Zweifel als ausgeschlossen erscheinen; zwar habe der Beklagte tatsächlich eine Verfügung zum Nachteile der Tochter getroffen, indem er die Hypothek verpfändet habe, aber das sei erst etwa ein Jahr nach Abschluß des Vertrags geschehen, und es sei deshalb nicht zu unterstellen, daß es der Beklagte schon beim Abschluß des Vertrags in Aussicht genommen gehabt habe; er habe auch bei ihrer Verheiratung versprochen, ihr die Zinsen des Mutterguts zukommen zu lassen und sei diesem Versprechen wenigstens eine Zeitlang nachgekommen. Die Ausstellung einer derartigen Vollmacht schließe nicht aus, daß im Innenverhältnis zwischen Vater und Tochter der erstere in gewissenhafter Wahrung der Interessen der Tochter handle und gegebenenfalls sich mit ihr über die von ihm beabsichtigten Maßnahmen bespreche; es sei nicht angezeigt, daß er von vornherein daran gedacht habe, den Interessen der Tochter zuwiderlaufende Verfügungen zu treffen und sie zu schädigen.

Die Anschauung des Berufungsgerichts, daß ein Verstoß gegen § 138 nur dann angenommen werden könnte, wenn es der Beklagte von vornherein auf eine Schädigung seiner Tochter abgesehen gehabt hätte, ist rechtsirrig; es ist vielmehr nach ständiger Rechtsprechung schon das Herbeiführen eines Zustandes wirtschaftlicher Unfreiheit des einen Vertragsteils durch einen sog. Knebelungsvertrag nicht mit den guten Sitten vereinbar. Von solcher Art ist aber der hier in Rede stehende Vertrag, durch den auf 21 Jahre

hinaus der Tochter des Beklagten jede Verfügungsmöglichkeit über ihr Vermögen entzogen und auch für die spätere Zeit die Wiedererlangung der Verfügungsmöglichkeit vom Belieben des Vaters abhängig gemacht ist. In der bezeichneten Rechtsprechung wird keineswegs Gewicht darauf gelegt, ob der wirtschaftlich stärkere Teil von vornherein von der Absicht einer Schädigung des Gegners geleitet wird; es ist im Gegenteil schon ausgesprochen worden, daß ein Vertrag, der den einen Teil willenlos in die Hand des anderen gibt, auch dann als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden kann, wenn bei dem stärkeren Teil zunächst die Absicht besteht, dem anderen zu Hilfe zu kommen (Urt. vom 9. Nov. 1917, VII 235/17).

Aber nicht nur wegen des Inhalts des Vertrags sind gegen ihn Bedenken aus § 138 zu erheben, sondern auch wegen der Art seines Zustandekommens. Unbestrittenermaßen war die Ehefrau des Klägers zur Zeit des Vertragschlusses eine in Geschäften unerfahrene Haustochter; daß ein solches Mädchen, wenn ihr vom Vater ein Rechtsgeschäft vorgeschlagen wird, im Vertrauen darauf, daß der Vater nur ihr Bestes wolle, ohne weitere Überlegung zum Eingehen auf den Vorschlag bereit sein wird, entspricht der Erfahrung des Lebens. Die vom Kläger aufgestellte und von seiner Frau als Zeugin bestätigte Behauptung, daß der Beklagte erst an dem Tage selbst, an dem er seine Tochter mit zum Notar nahm, der letzteren etwas von seinem Vorhaben sagte, sieht das Ber.-Gericht als zutreffend an. Was das Urteil sagt, um seine Ablehnung einer Ausbeutung der Unerfahrenheit zu begründen, trifft die Sache nicht" (wird ausgeführt).

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 31. März 1919. K. w. M. (OLG. Stuttgart). IV. 424/18.

---

123. Die Ausbedingung eines übermäßigen Gewinnes für Hingabe eines Darlehens für gewinnbringende Geschäfte während der Kriegsteuerung verstößt wider die guten Sitten.

BGB. §§ 138. 607.

Der Kläger erhielt am 20. Juni 1918 gegen Aushändigung eines von ihm ausgestellten Wechsels über 130000 ℳ von dem Beklagten ein Darlehn von 92500 ℳ. Der Wechsel wurde am Fälligkeitstage, dem 20. Sept. 1918, in voller Höhe eingelöst. Der Kläger nahm den Beklagten auf Rückzahlung der 130000 ℳ in Anspruch, weil der Beklagte sich ihm gegenüber des Wuchers schuldig gemacht habe. Der I. Richter sah Wucher als erwiesen an und verurteilte den Beklagten zur Zurückzahlung von 37500 ℳ, nämlich 130000 ℳ weniger der von dem Beklagten an den Kläger gezahlten 92500 ℳ. Der Beklagte legte Berufung ein; er bestritt das Vorliegen von Wucher und behauptete, der Kläger habe, wie er ihm selbst erklärt habe, das Geld von ihm

zur Durchführung gewinnbringender Geschäfte verlangt und auch dazu verwandt. Die Berufung blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Ob alle Voraussetzungen des Wuchers vorliegen, bedarf keiner Untersuchung, weil sich schon aus dem eigenen Vortrage des Beklagten sein Verstoß gegen die guten Sitten ergibt und daher in jedem Falle der erste Absatz des § 138 BGB. anzuwenden ist. Folgt man nämlich seinem Vortrage, so hat er in der Annahme, daß der Kläger gewinnbringende Geschäfte machen werde, sich selbst einen übermäßigen Gewinn vorweggenommen, und dies in der Zeit der Kriegsnot, als die Bevölkerung bereits unter schwerer Teuerung zu leiden hatte. Hohe Gewinne einzelner haben zwar nicht bei jeder Wirtschaftslage notwendig eine Schädigung der Gesamtheit zur Folge. Unter Umständen können sie sogar mit einer Verbilligung der Preise Hand in Hand gehen. Bei der schwierigen Wirtschaftslage, in der sich jedoch damals und schon lange vorher Deutschland und die mit ihm verbündeten Länder befanden, namentlich bei dem Mangel von Zufuhr aus dem Auslande, waren derartige Gewinne nur auf Kosten der Gesamtheit zu erzielen, indem diese sie letzten Endes durch Verteuerung des Heeresbedarfs oder eines anderen Bedarfs aufbringen mußte. Das war ein Zusammenhang, der für jedermann klar zutage lag und der auch dem Beklagten nicht verborgen geblieben sein kann. Das Streben nach übermäßigem Gewinn in der Zeit allgemeiner Not auf Kosten der Gesamtheit verstößt aber, wie das Reichsgericht (Entsch. 90, 400) mit überzeugender Begründung ausgesprochen hat, gegen die guten Sitten, und es ist Aufgabe der Rechtsprechung, solchem Streben mit allem Ernst entgegenzutreten. Die Entscheidung des Reichsgerichts betrifft zwar Mittlerlohn für Heeresbedarf, ist aber nach Wortlaut und Sinn nicht auf die Umstände jenes Falls zu beschränken, ihre Erwägungen treffen auch auf den vorliegenden Sachverhalt zu, wie er sich nach dem Vortrage des Beklagten darstellt.

Das Geschäft, welches der Wechselhingabe zugrunde lag, ist daher nichtig. Für die Annahme, daß etwa auch der Kläger aus jenem Geschäft einen übermäßigen Gewinn erstrebt hätte, oder daß ihm ein sonstiger Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fiele, bietet der Vortrag des Beklagten keinen Anhalt. Die Bedingungen des Geschäfts sind nach seiner Angabe von ihm selbst gestellt worden; der Kläger ist darauf eingegangen; daß der Kläger auch günstigere Bedingungen von dem Beklagten hätte erlangen können, behauptet dieser nicht. Der Kläger hat also den Bereicherungsanspruch aus §§ 812. 817 BGB."

Urteil des Kammergerichts zu Berlin (24. Sen.) v. 12. April 1919. 24 U. 777/19. C.

---

124. Erlöschen des Vertragangebots mangels rechtzeitiger Annahme*; zur Annahme genügt nicht ein rein innerer Vorgang; bloßes Stillschweigen auf einen Vergleichsvorschlag ist regelmäßig nicht als Zustimmungserklärung aufzufassen***; keine entsprechende Anwendung des § 362 HGB.**

* Vgl. 61 Nr. 168; ** Vgl. 66 Nr. 182 m. N.; *** Vgl. 73 Nr. 1. 2.
BGB. §§ 146. 147. 151. HGB. § 362.

Der Kläger behauptete, daß der Beklagte sich im November 1917 durch Vergleich verpflichtet habe, an den Kläger wegen Nichtabnahme gekauften Holzes einen Schadenersatz von 23000 ℳ zu zahlen. Der Beklagte bestritt das Zustandekommen eines Vergleichs. Folgende Tatsachen sind unstreitig: Am 22. Nov. 1917 schrieb der Beklagte dem Kläger ... „Ich wäre bereit, Ihnen 23000 ℳ zu zahlen, und zwar 10000 ℳ am 15. Dez. d. J. und den Rest in monatlichen Teilzahlungen von zweimal 5000 ℳ und einmal 3000 ℳ, erstmals am 15. Jan. 1918 zahlbar" .... Die Antwort auf dies Angebot gab der Kläger in einem Ferngespräch dahin, der Beklagte solle sein Angebot auf mindestens 30000 ℳ erhöhen. Am 24. Nov. telegraphierte der Beklagte dem Kläger: „Mein Angebot ist das äußerste, was ich auftreiben kann. Drahtet, ob Angebot annehmen oder ablehnen." Der Kläger antwortete mit einer vom 24. Nov. datierten Postkarte ohne Unterschrift, in der es heißt: „Ich bestätige Ihr Schreiben vom 22. Nov. nebst heutiges Telegramm, worauf ich Ihnen hiermit erkläre, daß ich mit Ihrem Vorschlage vom 22. Nov. einig gehe, und bitte ich um pünktliche Einhaltung der Zahlungstermine." Am 27. Nov. wiederholte der Kläger in einem eingeschriebenen Brief an den Beklagten den Inhalt seiner Karte mit dem Bemerken, daß eine Bestätigung des Beklagten nicht erforderlich gewesen sei, da die Karte des Klägers dessen Einverständnis auf das Schreiben vom 22. enthalte und nur irrtümlich nicht eingeschrieben worden sei, weshalb ihr Inhalt der Ordnung halber nochmals wiederholt werde. Weiter hieß es: „Wenn Sie den ganzen Betrag sofort in bar an die Bank für Landwirtschaft u. Gewerbe i. Köln überweisen, gebe ich Ihnen in Anbetr., daß ich das Geld selbst benötige, einen Nachlaß von 2%. In diesem Falle müßten Sie mir dieses bis Samstag n. Luxbg. bestätigt haben, ev. mir sofort auf meine Kosten nach Köln telephonieren, wo ich mich bis morgen, Mittwoch ½1 Uhr aufhalte." Am 14. Dez. 1917 schrieb endlich der Beklagte dem Kläger, daß er nur imstande sei, 6000 ℳ in monatlichen Raten von 2000 ℳ zu zahlen. Der Kläger klagte einen Teilbetrag der 23000 ℳ in Höhe von 10000 ℳ ein. Die Klage wurde in alle Instanzen abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das von der Revision zur Nachprüfung gestellte Ergebnis des Oberlandesgerichts, daß die Vergleichsangebote des Beklagten vom 22. und 24. Nov. seitens des Klägers verspätet angenommen worden seien, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die entscheidende Annahme, daß in der am 24. Nov.

geäußerten Bitte um Drahtantwort die Bitte um eine sofortige Drahtantwort gelegen habe, ruht im wesentlichen auf tatsächlichen Erwägungen, die vom Revisionsrichter nicht nachzuprüfen sind. Dem Gesetz entspricht es auch, daß der Ber.-Richter die Frist, binnen welcher der Kläger das Angebot des Beklagten anzunehmen hatte, nach gegenständlichen Gesichtspunkten bemessen hat, nicht darnach, wie lange der Beklagte sich innerlich an sein Angebot gebunden hielt. Ein Angebot, das nicht so rechtzeitig angenommen wird, wie die §§ 147—149 BGB. vorschreiben, erlischt nach § 146 a. a. O., d. h. es verliert seine Annahmefähigkeit schlechthin (vgl. RGEntsch. 93, 175).

Ein Fall des von der Revision als möglicherweise verletzt bezeichneten § 151 Satz 1 BGB. liegt nicht vor. Diese Vorschrift bestimmt, wann der Vertrag schon durch die bloße Annahme des Antrags zustande kommt, ohne daß sie dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht. Der Ber.-Richter hat zwar in dem Brief des Klägers vom 27. Nov. nach § 150 Abs. 1 BGB. ein neues Vergleichsangebot erblickt, er hat aber gleichzeitig auch rechtlich bedenkenfrei festgestellt, daß der Beklagte den Antrag des Klägers nicht angenommen hat. Zu einer Annahme im Sinne des § 151 a. a. O. genügt nicht ein rein innerer Vorgang. Ein solcher ist für das Verkehrsleben ohne Belang. Erforderlich ist vielmehr, daß der Annahmeentschluß irgendwie äußerlich in die Erscheinung tritt. Der Antragsgegner muß durch unzweideutige Handlungen, die allerdings nicht dem Antragenden gegenüber vorgenommen zu werden und die auch zunächst nicht zu seiner Kenntnis zu gelangen brauchen, den endgültigen Annahmewillen nach außen kundtun (RGEntsch. 84, 320; 90, 430). Dergleichen Annahmeverhandlungen hat der Kläger nicht einmal behauptet. Er hat lediglich auf den Brief des Beklagten vom 14. Dez. hingewiesen. Aus diesem ist aber bestenfalls herauszulesen — der Ber.-Richter lehnt auch das ab —, daß der Beklagte innerlich geneigt gewesen sei, das Angebot des Klägers anzunehmen. An einer unzweideutigen Kundgebung dieses Willens nach außen würde es also immer noch gefehlt haben.

Eine andere Frage ist es, ob das Stillschweigen des Beklagten auf den Brief des Klägers vom 27. Nov. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB.) oder auch, da beide Parteien Kaufleute sind, nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen (§ 346 HGB.) als Annahme zu gelten hatte, und ob der Beklagte sich wegen seines Stillschweigens so behandeln lassen muß, als ob er zugestimmt hätte, ohne daß es darauf ankommt, ob er wirklich zugestimmt hat. Auch das macht die Revision geltend. Sie weist in diesem Zusammenhang noch auf § 362 Abs. 1 Satz 1 HGB. hin, indessen zu Unrecht. Der Kläger hat dem Beklagten keinen Antrag gemacht, für ihn Geschäfte zu besorgen, die Parteien standen auch nicht in Geschäftsverbindung miteinander. Sie hatten, soweit ersichtlich, ein einzelnes Geschäft miteinander gemacht, waren darüber in Streit geraten und standen in Vergleichsverhandlungen. Einen Vergleichsvorschlag

enthielt das streitige Vertragsangebot des Klägers. Die Voraussetzungen des § 362 a. a. O. sind also unmittelbar nicht gegeben, für eine entsprechende Anwendung dieser einen ganz besonderen Fall betreffenden Vorschrift ist kein Raum.

Zu den Fragen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte hat die sachverständige Kammer für Handelssachen des Landgerichts dahin entschieden, daß der Beklagte keine Rechtspflicht hatte, auf den Brief vom 27. Nov. zu antworten, und daß auch keine zwingende Auffassung des Verkehrs bestand, die ihn zu einer Antwort nötigte, wenn er nicht gebunden sein wollte. Das Oberlandesgericht ist dem beigetreten. Soweit hier das Nichtbestehen einer Verkehrssitte festgestellt ist, ruht die Entscheidung auf tatsächlichen Erwägungen, ist sie für den Revisionsrichter bindend. Die Verkehrssitte ist keine Rechtsnorm, vielmehr die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung (RGEntsch. 55, 375). Ob dagegen ein Verstoß gegen Treuund Glauben vorliegt, ist keine reine Tatfrage, sondern zugleich eine mit der Revision anfechtbare Rechtsfrage (RG. in JW. 1906 S. 457[3]). Der Kläger verweist hier auf den Eingang seines Schreibens vom 27. Nov., indessen ohne Erfolg. Wenn der Beklagte daraus ersah, daß der Kläger auf seine — nicht unterschriebene — Karte eine Antwort erwartet hatte, so brauchte er bei Empfang des Briefes vom 27. Nov., der den Kläger in offenbarer Unsicherheit zeigte, gewiß nicht anzunehmen, daß sein Schweigen nach Treu und Glauben als Zustimmung werde gedeutet werden. Der Kläger selbst hatte das Schweigen auf die Karte nicht in diesem Sinne aufgefaßt, er hatte sich vielmehr über das Ausbleiben der erwarteten Bestätigung damit hinweghelfen wollen, daß seine Karte ja lediglich die Annahme des gegnerischen Angebots vom 22. Nov. gewesen sei. Dieses war aber am 24. Nov. bei dem Telephongespräch vom Kläger ausdrücklich abgelehnt worden, ein Zurückkommen darauf brauchte den Beklagten zu keiner Äußerung zu veranlassen. Zweifelhafter kann vielleicht die Frage sein, ob der übrige Teil des Briefes vom 27. Nov. eine Antwort verlangte, und ob die am Schlusse für das Hilfsangebot ausdrücklich erbetene Bestätigung den Beklagten dazu nötigte, das Hauptangebot mit klaren Worten abzulehnen, wenn er nicht darauf eingehen wollte. Alle Bedenken werden insoweit aber durch die Erwägung beseitigt, daß es sich nicht um ein beliebiges Geschäft des regelmäßigen kaufmännischen Verkehrs handelte. Bei solchen gestatten sich die Beteiligten allerdings häufig, über die gesetzlichen Annahmefristen hinwegzugehen, und sie dürfen dann erwarten, daß ihre verspätete Annahme als neuer Antrag gewertet und durch Stillschweigen angenommen werden wird. Vorliegend handelte es sich aber um ein eigenartiges und selten vorkommendes Geschäft. Die Parteien wollten gewisse Streitigkeiten über nicht unerhebliche Beträge durch einen Vergleich aus der Welt schaffen. Daß auch in einem solchen Falle seine an sich notwendige Zustimmungserklärung durch das bloße Schweigen auf einen ihm zugehenden Vertragsantrag ersetzt

werden könne, brauchte der Beklagte nach Treu und Glauben in der Tat nicht anzunehmen."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 1. April 1919. L. w. S. (OLG. Frankfurt). VII. 390/18.

---

125. Erfordernisse der Genehmigung; an eine Genehmigung durch schlüssige Handlungen sind strenge Anforderungen zu stellen, wenn vorher dem Rechtsgeschäft ausdrücklich widersprochen war.

BGB. § 182.

Der Beklagte machte den Klägern durch notarielle Erklärung vom 14. Sept. 1917 ein von diesen am 21. Sept. 1917 notariell angenommenes Angebot, ihnen die zu seinem und seiner Ehefrau gütergemeinschaftlichen Vermögen gehörige Wirtschaft zu verkaufen. Die Kläger klagten auf Besitzübergabe, der Beklagte wendete ein, seine Ehefrau habe dem Verkaufe der Wirtschaft widersprochen, was den Klägern bekannt gewesen sei, und den Verkauf auch nachträglich nicht genehmigt. Das Landgericht wies aus diesem Grunde die Klage ab, das OLG. erkannte auf Feststellung, daß der Verkauf nicht wegen fehlender Genehmigung der Ehefrau des Beklagten unwirksam sei. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Da die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung der Ehefrau des Beklagten abhängt, so würde gemäß § 182 BGB. dieser Mangel beseitigt sein, wenn die Frau diese Zustimmung, die der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form nicht bedarf, ihrem Ehemann oder den Klägern (auch selbst einem von diesen) gegenüber erklärt hätte, wofür die Kläger beweispflichtig wären. Eine derartige nachträgliche Zustimmung (Genehmigung), die auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt und es wirksam macht (§§ 184. 185 BGB.), nimmt das Ber.-Gericht als erwiesen an. Diese „mündliche Genehmigung" entnimmt es aus drei verschiedenen Begebenheiten. Nach der Bekundung des Zeugen B. sei dieser einige Tage nach dem notariellen Angebot von den Klägern in der Wohnung der Eheleute L. diesen als derjenige vorgestellt worden, der auf den von den Klägern gekauften Grundstücken die Wirtschaft führen solle. Dazu habe die Ehefrau des Beklagten geschwiegen. Einige Tage später habe der Zeuge sich bei ihr, die allein in der Wohnung anwesend gewesen sei, erkundigt, wieviel Leute zum Aufladen von Stroh verfügbar seien. Sie habe bereitwilligst Auskunft erteilt und auch bei dieser Gelegenheit nicht angedeutet, daß sie dem Verkaufe nicht zustimme. Endlich sei der Mitkläger C. eines Tages zwischen dem 14. und 21. Sept. 1917 zu ihr gekommen mit der Frage, ob auf den an ihn verkauften Grundstücken schon viel gedroschen sei und ob sich auch Heu in der Scheune befinde. Sie habe darauf geantwortet, sie wisse das nicht, er solle in die Scheune gehen und sich alles ansehen.

Die Revision rügt demgegenüber, daß, nachdem die Ehefrau des Beklagten dem Verkaufe den Klägern gegenüber scharf widersprochen und damit ihre dem Beklagten erteilte Vollmacht widerrufen gehabt habe, an eine Genehmigung durch schlüssige Handlungen hohe Anforderungen gestellt werden müßten, denen die vom Ber.-Gericht für erwiesen erachteten Vorfälle nicht genügten. Soweit ein Verhalten der Ehefrau dem B. gegenüber in Betracht komme, falle in das Gewicht, daß dieser, da er nicht rechtsgeschäftlicher Vertreter der Kläger war, zur Empfangnahme einer Genehmigung gar nicht befugt gewesen sei. Diese Angriffe müssen als berechtigt anerkannt werden. Der zweite von B. bekundete Vorgang hat für die Feststellung der Genehmigung auszuscheiden, da die Erteilung der Genehmigung gemäß § 182 BGB. gegenüber den Klägern oder dem Ehemann der Beklagten hätte erklärt werden müssen. Wenn diese Erklärung auch stillschweigend, also auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann, so muß dies doch, da es sich um eine empfangsbedürftige Erklärung handelt, dem Zugehen entsprechend, dem anderen erkennbar sein (Warn. 1915 Nr. 10). Aus einem Verhalten einem Dritten gegenüber, der nicht etwa rechtsgeschäftlicher Vertreter einer der Personen war, denen gegenüber die Genehmigungserklärung wirksam abgegeben werden konnte, kann weder auf den Willen, einem sonst unwirksamen Rechtsgeschäft durch Genehmigung Wirksamkeit zu verleihen, geschlossen werden (Warn. a. a. O.), noch käme es darauf an, wie dieser rechtlich unbeteiligte Dritte dieses Verhalten nach der allgemeinen Verkehrsauffassung deuten durfte (JW. 1908 S. 301 Nr. 7). Würde also eine ausdrückliche Erklärung, weil nicht einer der im § 182 BGB. bezeichneten Personen gegenüber abgegeben, nicht die Bedeutung einer Zustimmung im Sinne dieser Gesetzesbestimmung haben (RGEntsch. 64, 153; Warn. 1910 Nr. 322), so kann ebensowenig aus einem keiner diesen Personen gegenüber geübten Verhalten auf eine solche Zustimmung geschlossen werden. Es würden daher für einen solchen Schluß nur die Vorgänge zu 1 und 3 verbleiben. Der Revision muß aber auch darin beigepflichtet werden, daß in einem Falle, in dem dem anderen Teile klar war, ja ihm geradezu erklärt worden war, ein Teil werde seine Zustimmung zu einem Vertrage nicht erteilen, der abgeschlossene Vertrag entbehre also noch bis zu einer etwaigen späteren Zustimmung der Wirksamkeit, daß dann an die Deutung eines Verhaltens dieses letzteren Teiles als Genehmigung ganz besonders strenge Anforderungen gestellt werden müssen. Dieses Verhalten muß so beschaffen sein, daß es nicht anders als eine Aufgabe der bisherigen Sinnesrichtung aufgefaßt werden kann und der Betreffende sich daher auch nicht beklagen kann, wenn es, unabhängig von seinem wirklichen, inneren Willen nach allgemeiner Verkehrsauffassung als Zustimmung gewertet wird, weil eben eine andere Deutung ausgeschlossen erscheint (Warn. 1919 Nr. 2; Komm. v. RGR. Vorbem. 2 vor § 116). Diesen Rechtsgrundsätzen wird das Ber.-Urteil, selbst wenn man den zweiten Vorgang nicht aus-

schließen wollte, nicht gerecht. Denn der vom Ber.-Gericht für erwiesen erachtete Tatbestand läßt immerhin eine Sinnesrichtung der Ehefrau des Beklagten dahin zu, daß sie sich durch ihr Verhalten gegenüber ihrer früheren bestimmten Weigerung zu nichts davon Abweichendem verpflichte, und ihr Benehmen bei den drei Vorfällen war auch keineswegs derart, daß die Kläger zu der Überzeugung hätten kommen müssen, sie habe nunmehr in sie bindender und das Angebot wirksam machender Weise ihre bisherige Ablehnung aufgegeben. Das Ber.-Gericht erklärt auch nicht etwa, daß es ihr Verhalten in diesem Sinne auffasse, sondern es sagt nur, daß sie „nach dem Vorstehenden" das Verkaufangebot nachträglich mündlich genehmigt habe. Diese jeder weiteren Begründung entbehrende Folgerung legt aber die Möglichkeit nahe, daß das Ber.-Gericht die Bedeutung der Anforderung verkannt hat, die in einem Falle wie dem vorliegenden an die Feststellung einer aus schlüssigen Umständen zu entnehmenden Genehmigung zu stellen sind, und daß darauf das Urteil beruht."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 29. März 1919. L. w. C. u. H. (OLG. Stettin). V. 9/19.

---

126. Einfluß der langen Dauer des Krieges auf einen für dessen Dauer geschlossenen Seefrachtvertrag.

Vgl. 73 Nr. 154 m. N.
BGB. § 275. HGB. § 556.

Klägerin war Inhaberin der Konnossemente über eine Ladung Quebrachoholz im Dampfer der Beklagten Mimi Horn, der bei Ausbruch des Krieges im August 1914 Vigo als Nothafen angelaufen hatte und dort im Jahre 1918 noch lag. Nach vorgängigem Briefwechsel kam am 14. Sept. 1914 unter den Parteien durch Fernsprecher ein Abkommen zustande, das Beklagte am gleichen Tage schriftlich bestätigte. Hiernach sollte die Ladung im Dampfer belassen und nach Beendigung des Krieges baldmöglichst nach Neufahrwasser oder Hamburg überführt werden. Als Entschädigung für diese Einhaltung des Frachtvertrages sollte die Klägerin außer der vollen Fracht 25000 ℳ in Raten bis zum 14. Febr. 1915 bezahlen, falls aber wegen Beendigung des Krieges die Weiterreise früher möglich werde, sollte der Rest der Entschädigung bei der Weiterreise bezahlt werden. Dieses Abkommen wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 19. Febr. 1917 für aufgehoben erklärt, weil ihr wegen der unerwartet langen Dauer des Krieges und der gänzlich veränderten Verhältnisse die Erfüllung nicht mehr zuzumuten sei. Der von der Klägerin erhobenen Klage auf Feststellung, daß die Vereinbarung zu Recht bestände, gaben Landgericht und Oberlandesgericht statt. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Für Kauf- und Lieferungsverträge ist in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts der Grundsatz festgestellt worden, daß, wenn die Lieferung infolge des Krieges zeitlich hinausgeschoben werden muß und wenn ferner infolge des Krieges die wirtschaftlichen Verhältnisse sich so tiefgehend verändert haben, daß die demnächstige Leistung einen wirtschaftlich völlig anderen Inhalt haben würde, der Verkäufer von seiner Leistungspflicht frei wird. Es unterliegt keinem Bedenken, diesen Grundsatz auch auf andere zweiseitige Verträge anzuwenden, falls diese durch den Krieg in gleich durchgreifender Weise betroffen werden. Der Grundsatz hat denn auch schon auf Fracht- und Charterverträge Anwendung gefunden. Vorliegenden Falles handelt es sich um einen im Anfang des Krieges geschlossenen Vertrag, nach dem die Ladung Quebrachoholz in dem Dampfer der Beklagten Mimi Horn, der Vigo als Nothafen angelaufen hatte, belassen und nach Beendigung des Krieges nach Hamburg oder Neufahrwasser verbracht werden sollte. Die beklagte Reederei erhielt für Übernahme dieser Verpflichtung ein Entgelt, das für die Mimi Horn und einen anderen Dampfer der Beklagten auf zusammen 50000 ℳ festgesetzt ist.

Das Ber.-Gericht hat nun ausgeführt, durch diese Bemessung der Entschädigung habe nicht etwa die Verpflichtung der Beklagten auf eine bestimmte Zeit begrenzt werden sollen. Vielmehr habe die Beklagte das Risiko einer kürzeren oder längeren Dauer des Krieges auf sich genommen. Sie könne deshalb nicht um deswillen von der übernommenen Verpflichtung frei werden, wenn sich herausstelle, daß das Geschäft für sie sehr unvorteilhaft auslaufen werde.

Insoweit ist dem Ber.-Gerichte lediglich beizustimmen. Aber das Ber.-Gericht hat nicht genügend in Berücksichtigung gezogen, ob nicht — wie so häufig bei Kauf- und Lieferungsverträgen — so auch im vorliegenden Falle Umstände gegeben sind, die, wenn der Vertrag durchgehalten werden muß, der Leistung der Reederei einen ganz anderen wirtschaftlichen Inhalt geben würden, als bei Vertragsschluß vorausgesehen und beabsichtigt war. Als ein solcher Umstand könnte insbesondere die behauptete Tatsache in Betracht kommen, daß bei Durchhaltung des Vertrages, also bei Belassung der Ladung, im Dampfer bis Kriegsende der Schiffskörper sehr erheblich leiden würde, da seine volle Beladung mit Holz einschließlich einer hohen Decklast es verhindert, an das Deck selbst, sowie an die Innenseite des Schiffes zu gelangen, um die Eisenteile zu reinigen und durch Anstrich oder Ölung vor dem Durchrosten zu bewahren. Ist diese Behauptung erweislich, so würde in der Tat durch die lange Dauer des Krieges die Leistung der Reederei ihrem Inhalte nach erheblich verändert sein, denn damit, daß der Schiffskörper durch die Dauer der Belassung der Ware im Schiff erheblich leiden könnte, hat offensichtlich bei Abschluß des Vertrages niemand gedacht oder denken können. Es würde sich hiergegen auch nicht einwenden lassen, daß die Reederei das

Holz zeitweilig oder bis zur Abfahrt des Dampfers entlöschen könne. Denn einmal steht nicht fest, daß die Klägerin ihre Zustimmung dazu gegeben haben würde; und sodann fragt sich, ob nicht durch die Entlöschung die Gefahr einer Beraubung der Ladung so sehr wachsen würde und so hohe Kosten entstehen würden, daß der Reederei eine solche Maßnahme nicht wohl zugemutet werden könnte. Sind die vorstehend gekennzeichneten Behauptungen der Reederei erweislich, so muß angenommen werden, daß die Reederei zum Durchhalten des Vertrages nicht verpflichtet ist, weil ihre Leistung einen wirtschaftlich anderen Inhalt annehmen würde. Die angebotenen Beweise müssen deshalb erhoben werden. Welchen Einfluß eine etwaige Befreiung der Reederei von weiterer Leistungspflicht auf das gezahlte Entgelt ausüben könnte, darauf kann nach dem Sach- und Streitstande zurzeit nicht eingegangen werden."

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 26. März 1919. H. w. R. u. Gen. (OLG. Hamburg). I. 164/18.

---

127. Führt nach Vertrag die Nichtzahlung einer Rate die Fälligkeit der ganzen Schuld herbei, so hat der Schuldner für auf Mangel an Zahlungsmitteln beruhendes Unvermögen zur Leistung im Zweifel dann nicht einzustehen, wenn ihn kein Verschulden trifft oder wenn der Gläubiger die Nichtzahlung verschuldet hat.

Vgl. 66 Nr. 203.

§§ 279, 275, 285 BGB.

Die Beklagten behaupteten, die Verspätung und dann das Ausbleiben der Monatsraten sei durch den vom Gläubiger zu Unrecht ausgebrachten und vollzogenen Arrest, der im Widerspruchsverfahren aufgehoben war, verursacht worden. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht, das ausgeht von der Meinung der Beklagten, sie seien gemäß § 275 BGB. von der Verpflichtung zur Zahlung der einzelnen Abschnitte frei geworden, weil sie zu diesen Zahlungen infolge der Arrestvollziehung als eines von ihnen nicht zu vertretenden Umstandes unvermögend geworden seien, erachtet die Vorschrift des § 275 BGB. für nicht anwendbar, da es sich hier um Gattungsschulden handle, bei denen gemäß § 279 BGB. der Schuldner sein Unvermögen zur Leistung stets, auch ohne ihm zur Last fallendes Verschulden, zu vertreten habe. Liege hier ein Mangel an Erfüllungsmitteln vor, also ein nach § 279 BGB. stets zu vertretendes Unvermögen, so könne auch § 285 BGB. nicht in Betracht kommen. Von der Verpflichtung zur Zahlung der Abschnitte aus dem Vertrage seien die Beklagten daher auch dann nicht ohne weiteres befreit, wenn — was sie nicht einmal behaupteten — der Kläger darauf ausgegangen wäre, durch bewußt unwahre Begründung der Arrestanträge die Arrestbefehle zu erwirken und damit ihnen die Mittel zur Zahlung der Abschnitte zu nehmen. Vielmehr könnten mit solcher — bei der Sachlage garnicht zu beweisenden — Behauptung nur Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB.) begründet werden.

Mit Recht wendet sich hiergegen die Revision, die dem Urteil zum Vorwurf macht, daß es die §§ 275. 279. 285 BGB. verletze und übersehe, daß die Beklagten nicht so sehr ihr Zahlungsunvermögen als vielmehr dessen Verursachung durch schuldhaftes Verhalten des Klägers geltend gemacht haben. Es entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß für ein auf Mangel an Zahlungsmitteln beruhendes Unvermögen der Schuldner an sich unbedingt einzustehen hat, unbekümmert darum, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt. (RGEntsch. 75, 337.) Das Ber.-Gericht verletzt aber insofern den § 279 BGB., als es ihn zu Unrecht zur Grundlage seiner Entscheidung macht. Es hat übersehen, daß die Vereinbarung, die dem Kläger das Recht gibt, im Falle nicht pünktlicher Zahlung von zwei aufeinanderfolgenden Abschnitten den gesamten Betrag auf einmal zu verlangen, als eine sog. Verwirkungsklausel anzusehen ist. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß bei ihr regelmäßig die Verwirkung ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Verpflichteten eintritt, so gilt dies, wie der erkennende Senat bereits, insbesondere in dem Urteile vom 26. Febr. 1913 (Warneyer Erg. Bd. 1913 Nr. 223 und JW. 1913 S. 542, Nr. 6) für den Fall der Vereinbarung sofortiger Fälligkeit oder Kündbarkeit eines Darlehns ausgesprochen hat (s. auch V. 363/11 vom 31. Jan. 1912 und V. 83/12 vom 19. Juni 1912), insofern nicht, als diese Folge im Zweifel wegfällt, wenn kein Verschulden des Verpflichteten vorliegt. Da die hier in Betracht kommende Vereinbarung sowohl rechtlich wie wirtschaftlich der eben erwähnten, ein Darlehen betreffenden gleichsteht, so können sich die Beklagten auch hier darauf berufen, daß ihnen kein Verschulden zur Last falle. Die Beklagten haben aber sogar mehr getan, indem sie nicht nur ihr Verschulden bestritten, sondern vielmehr in eingehender Darlegung im Schriftsatze vom 26. Juli 1912 behauptet haben, daß der Kläger die Nichteinhaltung der Bedingung verschuldet habe, deren Ausfall ihn nach der Vereinbarung zur Forderung des ganzen Betrags auf einmal berechtigen soll. Für einen derartigen Fall verneint auch Oertmann die Berufung des Klägers auf die Vereinbarung, da die Berufung darauf dann gröblich gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 360 BGB. Anm. 4). Da das Ber.-Gericht infolge seiner rechtsirrigen Anwendung des § 279 BGB. hierauf überhaupt nicht eingegangen ist, muß das Urteil aufgehoben und die Sache an das Ber.-Gericht zurückverwiesen werden. Bei der erneuten Verhandlung wird gegebenenfalls das Ber.-Gericht auch zu prüfen haben, inwieweit bei den durch bloßen Zeitablauf fällig gewordenen Abschnitten die Beklagten, entsprechend früher aufgestellten Behauptungen, einwenden können, daß der Kläger, durch sein eigenes Verhalten es ihnen zurzeit unmöglich gemacht habe, Zahlungen zu leisten. . . . ."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) vom 5. April 1919. K. w. J. (KG. zu Berlin). V. 337/18. S—t.

---

128. Herabsetzung der Vertragsstrafe auf den angemessenen Betrag.

Vgl. 66 Nr. 229 m. N.
BGB. § 343.

Auf Antrag des Klägers, eines Chorsängers am Theater des Bekl., hat das Gericht eine im Anstellungsvertrage vereinbarte Vertragsstrafe in Höhe eines Jahresgehalts auf den Betrag eines Monatsgehalts herabgesetzt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Es ist richtig, daß bei der Frage der Herabsetzung einer hohen Vertragstrafe die Interessen des Gläubigers nicht außer acht gelassen werden dürfen, wie dies im § 343 BGB. ausdrücklich betont wird. Es ist zu beachten, daß die Strafe, auch wenn sie hoch ist, doch vertraglich abgemacht ist und ferner, daß sie in Fällen wie hier, nicht nur auf den einzelnen Vertragsgegner, sondern ihre Handhabung auch auf die anderen Theatermitglieder wirken soll, die vom Vertragbruch abgeschreckt werden müssen, zumal in den Kreisen der Bühnenangehörigen Vertragbrüche häufig sind. Allein auf der andern Seite muß auch berücksichtigt werden, ob ein schwerer oder ein leichter Fall des Vertragbruchs vorliegt, und es ist angemessen, in leichten Fällen die Strafe erheblich mehr herabzusetzen als in schweren. Nun war dem Kläger um Mitte des September ein erbetener Vorschuß von 40 ℳ verweigert; diese 40 ℳ waren damals bereits von ihm verdient, allein sie waren erst am Ende des Monats fällig. Triftige Gründe für die Verweigerung des Vorschusses sind vom Beklagten nicht angeführt. Die Verweigerung des Vorschusses, wenn auch nach dem Vertrage berechtigt, erscheint als eine Härte. Nimmt man hinzu, daß dem Kläger gegenüber wenige Tage vorher vom Beklagten jene Äußerung gemacht war, er könne sich eine andere Stellung suchen, so erscheint der Fall des Vertragbruchs milde und die Herabsetzung der Vertragstrafe von der Höhe des Jahresgehalts auf den Betrag eines Monatsgehalts nicht unbillig."

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 22. Jan. 1919. H. G. w. P. Bf. V 135/18. Nö.

---

129. Der Gläubiger behält die Rechte aus einem Gewährleistungsvertrage, wenn er die garantierte Forderung einem Dritten zur Sicherheit abtritt.

Vgl. 60 Nr. 167; 63 Nr. 130.
BGB. §§ 401. 437. 438.

„Streitlos haben die drei Beklagten dem Kläger gegenüber die vertragmäßige Gewährleistung für die Sicherheit der beiden von der Beklagten Frau J. an den Kläger in Zahlung gegebenen Grundschulden übernommen. Da diese im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgefallen sind, ist damit an sich die rechtliche Verpflichtung der Beklagten zur Schadloshaltung des Klägers gegeben.

Mit Unrecht wenden die Beklagten ein, daß der Kläger seinen Anspruch auf Gewährleistung durch die Abtretung der beiden Grundschulden an den Kaufmann J. verloren habe. Denn es besteht kein Streit darüber, daß der Kläger die Grundschulden nicht schlechthin veräußert hat, so daß hierdurch jedes eigene Interesse an dem durch die Gewährleistung erworbenen Anspruch erloschen sei. Vielmehr ist die Abtretung an den Kaufmann J. lediglich zum Zweck der Sicherung für eine dem letzteren zustehende Forderung erfolgt. Eine solche Abtretung bewirkt aber nicht ein endgültiges Ausscheiden der abgetretenen Grundschulden aus dem Vermögen des Abtretenden, sondern der Erwerber ist dem Abtreter gegenüber verpflichtet, die Grundschulden nur zum Zweck seiner eigenen Befriedigung zu verwerten; falls und soweit dieser Zweck nicht in Frage kommt, bleiben sie im Innenverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Abtreter Vermögensstück des letzteren. Wenn also, wie hier der Fall ist, die Grundschulden ausgefallen sind und nicht mehr zur Befriedigung des Erwerbers dienen, letzterer auch wegen derjenigen Ansprüche, zu deren Sicherung die Abtretung erfolgt ist, entweder von dem Kläger oder von dessen Sohn befriedigt ist, kann der Erwerber materiell keine Rechte aus der Abtretung mehr geltend machen, und dem Kläger stehen alle Rechte, die er vor der Abtretung zur Sicherung des Kaufmanns J. hatte, jetzt nach dessen Befriedigung ungeschmälert zu (vgl. RGEntsch. 91, 218 ff.).

Verfehlt ist auch der Einwand der Beklagten, der Kläger könne deshalb kein Recht aus dem Garantievertrage herleiten, weil die Forderung des Kaufmanns J. von einem Sohn des Klägers berichtigt sei und dieser keinen Anspruch auf Erstattung gegen seinen Vater erhob. Ob die Forderung J.s, zu deren Sicherung die Abtretung erfolgte, ursprünglich gegen den Kläger oder gegen dessen Sohn bestand, ob sie vom Kläger oder von seinem Sohn erfüllt ist, sind Tatsachen, die ausschließlich für das Verhältnis zwischen Vater und Sohn und dem Gläubiger, aber in keiner Weise für das Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten von Bedeutung sind. Hat der Sohn eine Schuld seines Vaters bezahlt, ohne Erstattung zu verlangen, so wird durch solche Leistung die Schuld der Beklagten aus dem Gewährleistungsvertrage nicht berührt. Daß die Zahlung des Sohnes im Interesse der Beklagten erfolgt sei, wird von diesen selbst nicht behauptet."

Urteil des OLG. zu Rostock (1. Sen.) v. 2. Juni 1919. J. (Bekl.) w. Sch. Jo 105/19. K—n.

---

130. Der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften und übergebenen Sache kann den Anspruch auf Übereignung selbständig abtreten. Unmittelbarer Eigentumserwerb des neuen Gläubigers von dem Verkäufer.

BGB. §§ 433. 455. 398. 933. 185.

Der Tiefbauunternehmer W. kaufte im Jahre 1912 von der Aktiengesellschaft O. & K. einen Dampfbagger. Er versprach, den Kaufpreis in Raten zu tilgen, erhielt den Bagger übergeben, O. & K. behielten sich jedoch das Eigentum an dem Bagger bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises vor. Noch bevor diese Tilgung geschehen war, verkaufte am 13. Dez. 1912 W. den „ihm gehörigen Bagger" durch notariellen Vertrag an den Beklagten. Eine Übergabe erfolgte nicht, dagegen wurde der Bagger vom Beklagten an W. vermietet. Am 13. Okt. 1913 schloß W. mit dem Kläger einen Vertrag, in dem sich zunächst der Kläger verpflichtete, die noch auf 3711 ℳ bezifferte Restschuld für den Bagger an O. & K. abzutragen und dem W. 289 ℳ bar darzuleihen, sodann W. anerkennt, dem Kläger weitere 7000 ℳ zu verschulden und in dem endlich gesagt wird:

„Zur Sicherheit tritt Herr W. an Herrn G. den Anspruch ab, den er an die Firma O. & K. auf Übertragung des Eigentums an dem Bagger gegen Zahlung der Restkaufsumme hat. Hiernach sind die Parteien darüber einig, daß der Bagger mit dieser Zahlung Eigentum des Herrn G. wird; und zwar soll er dies so lange bleiben, bis nicht nur die hier erwähnten 4000 ℳ, sondern auch die 7000 ℳ aus dem Vertrage vom 15. Februar 1913 nebst den Zinsen an Herrn G. zurückgezahlt sind. Herr G. überläßt Herrn W. den Bagger bis auf weiteres zur leihweisen Benutzung"

Der Kläger zahlte im Februar und März 1914 das Restkaufgeld an O. & K. und gelangte später auch in den Besitz des Baggers. Die Parteien stritten über das Eigentum an dem Bagger. Mit der Klage begehrte der Kläger, sein Eigentum an dem Bagger festzustellen. Das Landgericht gab der Klage statt, das Kammergericht wies die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Kammergericht verkennt den Inhalt und die Bedeutung des von W. mit dem Kläger geschlossenen Vertrages. Den Gegenstand des Vertrages bildet nicht sowohl der Bagger, als der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem Bagger. Zu Unrecht bezweifelt das Kammergericht, daß W. noch einen solchen Anspruch gegen O. & K. hatte. Seine Meinung, daß O. & K. durch die Übergabe des Baggers an W. ihre sämtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erfüllt hatten, ist rechtsirrig. Im § 433 BGB. werden dem Verkäufer die Pflichten, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, zwar nebeneinander aber getrennt voneinander auferlegt, vgl. RGEntsch. 85. 320 (322). Der Verkäufer, der dem Käufer die Sache zwar übergeben, aber noch nicht übereignet hat, ist also mit einem Teil der ihm obliegenden Gesamtleistung noch im Rückstande.

So liegt die Sache auch, wenn der Verkäufer sich bei der Übergabe das Eigentum an der Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat. Im Zweifel ist dann das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises übertragen, § 455 BGB. Die restliche Erfüllung von seiten des Verkäufers ist damit vertragmäßig auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben. Die Übergabe der Sache unter Eigentumsvorbehalt soll den Kaufvertrag nicht schon in der Gegenwart, sondern erst in der Zukunft erfüllen, sie gewährt dem Käufer nicht die volle rechtliche Herrschaft über die Sache, sie macht ihn nicht zum Eigenbesitzer, sondern nur zum Verwahrer und Verwalter, und das selbst dann, wenn ihm die Sache nur auf Grund des Kaufvertrages übergeben wird, vgl. RGEntsch. 64, 334. Der Verkäufer bleibt dementsprechend nach der Übergabe unter Eigentumsvorbehalt noch verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen und ihn dadurch auch zum Eigenbesitzer zu machen. Der Wille des Verkäufers, das Eigentum an der Sache auf den Käufer zu übertragen, muß also noch in dem Augenblick vorhanden sein, wenn der letzte Kaufgelderrest bezahlt wird und damit die Bedingung eintritt, vgl. RGEntsch. 64, 204; 66, 345. Dieser Pflicht des Verkäufers entspricht das Recht des Käufers. Deshalb konnte W. am 13. Okt. 1913 seinen ihm gegen O. & K. noch zustehenden Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem Bagger an den Kläger abtreten. Wenn in dem Vertrage vom 13. Okt. 1913 die Bemerkung angefügt wird, daß die Beteiligten darüber einig seien, mit der Bezahlung der Restkaufsumme werde der Bagger Eigentum des Klägers, so bedeutet das nicht eine aufschiebend bedingte Übertragung des Eigentums an dem Bagger von W. auf den Kläger, es wird damit vielmehr nur die mit der Abtretung gewollte Rechtsfolge noch einmal klar ausgesprochen. Durch die Zahlung der Restkaufsumme sollte der Kläger das Eigentum an dem Bagger unmittelbar von O. & K. erlangen, und W. erklärte, daß er dies Ergebnis seiner Abtretung anerkenne. Der am 13. Okt. 1913 endlich noch vereinbarte Leihvertrag sollte nicht einen Ersatz der Übergabe nach § 930 BGB. bilden, sondern das Recht des W. zum Besitz des Baggers auch für die Zeit sicherstellen, während der er dem Kläger gehören würde. Ohne den Leihvertrag hätte Kläger nach Erlangung des Eigentums die Herausgabe des Baggers von W. fordern können. Ein Übergabeersatz war nicht notwendig, da W. ja selbst Eigentum nicht übertragen wollte.

So betrachtet, stehen die Verträge vom 13. Dez. 1912 und 13. Okt. 1913 nicht in dem Verhältnis nebeneinander, wie es das Kammergericht angenommen hat. Nur der Vertrag vom 13. Dez. 1912 enthielt die Verfügung eines Nichtberechtigten über den Bagger. Sie konnte wirksam werden, wenn der Bagger von W., ohne daß dieser selbst inzwischen das Eigentum daran erworben zu haben brauchte, dem Beklagten körperlich übergeben wurde, § 933 BGB., und außerdem dann, wenn W. das Eigentum an dem Bagger

erlangte, § 185 BGB. Die Voraussetzungen des § 933 BGB. sind unstreitig nicht gegeben, der Möglichkeit, selbst Eigentümer des Baggers zu werden, wollte sich W. durch den Vertrag vom 13. Okt. 1913 entäußern. Durch den Abschluß dieses Vertrages handelte er, wie der Revisionsbeklagte zutreffend hervorhebt, seiner im Vertrage vom 13. Dez. 1912 übernommenen Pflicht zuwider, dieser Umstand vermag aber die dingliche Wirkung der am 13. Okt. 1913 erklärten Abtretung nicht zu beeinträchtigen.

Wenn der Vertrag vom 13. Okt. 1913 also — was der Beklagte bestreitet und noch zu prüfen sein wird — ernstlich gemeint war, dann erlangte der Kläger den Anspruch, daß O. & K. bei Empfang des Restkaufgeldes das Eigentum an dem Bagger ihm übertrugen. Dazu gehörte, daß O. & K. in dem entscheidenden Zeitpunkt den entsprechenden Willen hatten. Der Kläger behauptet, daß das der Fall gewesen sei, weil er alsbald nach Abschluß des Vertrages O. & K. von der geschehenen Abtretung benachrichtigt habe. Trifft auch das zu — was ebenfalls noch zu prüfen sein wird —, dann hat tatsächlich der Kläger das Eigentum an dem Bagger erworben, nicht W. und nicht von W. gemäß § 185 BGB. der Beklagte."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 4. März 1919. G. w. K. (Kammergericht in Berlin). VII. 396/18. Auch in Entsch. 95 Nr. 36 S. 105.

---

131. Haftung des Verkäufers beim Distanzkauf für den Schaden, der durch unrichtige Adressierung des Gutes oder durch Unterlassung einer nachträglichen Verfügung gemäß § 73 Abs. I der Eisenbahnverkehrsordnung entsteht.

§§ 276. 447 BGB. § 347 HGB. § 73 EVO.

„Bei Distanzkäufen besteht nach der Rechtsprechung ein Handelsgebrauch, nach dem der Verkäufer die Verpflichtung hat, die Masse dem Käufer an den von diesem angegebenen Bestimmungsort zu übersenden. Der Verkäufer gilt für beauftragt, statt des Käufers die erforderlichen Bestimmungen zu treffen (Staub Exc. zu § 382 Anm. 28). Gemäß dem § 447 BGB. geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur oder dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat, wobei aber erforderlich ist, daß der Verkäufer alle Transportbedingungen in der Art vereinbart hat, daß es keiner weiteren Tätigkeit zur Durchführung des Transports bedarf (Staub a. a. O. Anm. 52). Der versendende Verkäufer hat, wenn er Kaufmann ist, bei der Versendung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verfahren (§ 347 HGB.). Verletzt er die ihm obliegende Versendungspflicht, so hat er nach allgemeinen, aus dem § 276 BGB. abzuleitenden Rechtsgrundsätzen dem Käufer den ihm hierdurch erwachsenden Schaden zu ersetzen. Nur eine Anwendung dieses Grundsatzes ist es, wenn

der § 447 Abs. II BGB. bestimmt, daß der Verkäufer für den entstehenden Schaden verantwortlich ist, wenn er ohne dringenden Grund von den ihm durch den Käufer erteilten Weisungen über die Art der Versendung abweicht. Ist der Kausalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Verkäufers und dem eingetretenen Schaden als gegeben zu erachten, so kann sich der Verkäufer von der Haftung nur durch den Nachweis befreien, daß derselbe Schaden auch bei Beobachtung der nötigen Sorgfalt eingetreten wäre (Staub a. a. O. Anm. 39 und 40). Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall kann der Gesichtspunkt des Gefahrübergangs für die Begründung der Haftung der Beklagten nicht herangezogen werden.... Dagegen sind die Grundsätze über vertragliches Verschulden des versendenden Verkäufers anwendbar. Die Beklagte, eine Keksfabrik in München, hat die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zunächst dadurch verletzt, daß sie die Teigwaren absandte, ohne die in der Bestellnote der Klagepartei, einer Einkaufsgesellschaft in Berlin, vom 23. Juli 1917 enthaltene Weisung über die Erfragung der Versandadresse zu befolgen. Wenn sie die Ware wegen Raummangels schon am 26. Juli absenden wollte, so mußte sie eben auf telegraphischem Wege die Versandadresse erbitten. Durch diese Unterlassung der Beklagten und die darauf beruhende falsche Adressierung an die Adresse der Klagepartei selbst wurde die Ware auf den falschen Weg geleitet. Die Beklagte hat aber die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns weiterhin auch dadurch verletzt, daß sie nach dem Eintreffen des Telegramms und des Briefes der Klägerin vom 28. Juli, worin die im Brief vom 25. Juli enthaltene Verladeadresse wiederholt angegeben worden war, nicht sofort eine nachträgliche Verfügung im Sinne des § 73 der Eisenbahnverkehrsordnung erließ und deren telegraphische Weitergabe veranlaßte. Zu ihrer Erlassung war, solange der Frachtbrief noch nicht dem Empfänger übergeben war, nur der Absender berechtigt; die Bahn durfte daher eine etwaige Umleitungsverfügung der Klägerin um die fragliche Zeit nicht berücksichtigen; dies mußte die Beklagte als Kaufmann wissen (§ 73 Abs. 1 mit 9 der Eisenbahnverkehrsordnung). Hätte die Beklagte die Versandadresse vor der Absendung erfragt und die Ware unter der richtigen Adresse abgesandt oder hätte sie wenigstens alsbald nach dem Eintreffen der Adresse eine formell und materiell richtige nachträgliche Verfügung erlassen, so wäre, wie mit höchster Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, die Ware im Anhalter Bahnhof, wo über sie innerhalb der standgeldfreien Zeit keine Verfügung getroffen wurde, nicht entladen und nicht gelagert worden. Es wären daher die Entladungs- und Lagerspesen zu 456,80 ℳ nicht erwachsen. Einen Beweis dafür, daß dieser Schaden trotz richtiger Adressierung oder rechtzeitiger nachträglicher Verfügung eingetreten wäre, hat der Beklagte nicht erbracht. Der Hinweis darauf, daß die späteren Umleitungsverfügungen unbeachtet geblieben sind, ersetzt diesen Nachweis um so weniger, als nicht feststeht, auf welchen Gründen die Nicht-

beachtung beruht. Der Kausalzusammenhang ist auch hinsichtlich des Schadens als gegeben zu erachten, der nach dem Eintreffen der Umleitungsverfügungen der Beklagten erwachsen ist, selbst wenn diese Verfügungen formell und materiell in Ordnung waren und ihre Nichtbeachtung auf einem Verschulden des Bahnpersonals beruhte. Es ist eine während des Krieges oft beobachtete Tatsache, daß Güter, die einmal durch ein Versehen vom normalen Weg abgebracht wurden und ausgelagert werden mußten, infolge der Überlastung, Ungewandtheit und Unzuverlässigkeit des eingestellten Hilfspersonals weiteren Fährlichkeiten ausgesetzt waren; etwaige weitere Versehen auf Seite des Bahnpersonals lagen also durchaus im Rahmen des adäquaten Kausalzusammenhangs. Der Schaden war dann auf zwei Ursachen zurückzuführen. Es lag ein sog. unechtes Gesamtschuldverhältnis vor. Die Klägerin hatte die Wahl, entweder die Beklagte auf Grund schuldhafter Verletzung der Übersendungspflicht oder die Bahn auf Grund des Verschuldens des Bahnpersonals kraft der auf sie übergangenen Rechte des Absenders (§ 76 Abs. II der Eisenbahnverkehrsordnung) zu belangen, kann aber selbstverständlich den Schaden nur einmal ersetzt verlangen. Unhaltbar ist der Einwand, daß die Klägerin die Entladungs- und Lagerspesen wegen des in Mitte liegenden Verschuldens des Eisenbahnpersonals nicht hätte zahlen sollen. Diese Spesen mußten zunächst bezahlt werden, da sonst die Waren nicht ausgeliefert worden wären (§ 76 Abs. 4 und 5 der Eisenbahnverkehrsordnung)."

Urteil des OLG. zu München (1. Sen.) v. 28. März 1919. P. w. F. Commf.-Reg. L 520/1918. F—z.

---

132. Mehrere Vermieter können die Vertragsrechte nur gemeinsam ausüben.

Vgl. 68 Nr. 8, 70, Nr. 124.
BGB. §§ 535. 564. 568. 741. 744.

Die beiden Kläger M. und W. haben dem Beklagten durch Mietvertrag vom 10. Juli 1915 ihre Villa in W. auf drei Jahre vermietet. § 2 des Mietvertrags lautet: „Erfolgt 4 Monate vor Ablauf der Endfrist, also spätestens 31. Mai 1918 keine beiden Teilen zustehende Kündigung, so läuft der Vertrag auf 2 Jahre weiter, und hat nach Ablauf dieser Zeitfrist jedesmal um dieselbe Dauer verlängert zu gelten." Am 11. Mai 1918 schrieb der Mitkläger M. dem Beklagten, er sei bereit, ihm die Wohnung für denselben Mietpreis, jedoch unter mehreren anderen Vertragsbedingungen weiter zu belassen: „falls die Bedingungen bis 31. Mai nicht angenommen und der Mietvertrag unterzeichnet ist, würde Ihr Vertrag mit 30. Sept. 1918 sein Ende erreicht haben." Beklagter antwortete, er sei bereit, die Wohnung auf zwei weitere Jahre, aber nur unter den alten Bedingungen zu behalten. Darauf erfolgte keine Antwort. Am 1. Juni 1918 schickte Beklagter die Miete für

das nächste Vierteljahr mit der Bemerkung, daß es, da auf sein Schreiben Antwort nicht erteilt sei, bei der Fortdauer des Vertrages auf weitere zwei Jahre verbleibe. Die Kläger verlangten nunmehr mit der Klage Verurteilung des Beklagten zur Räumung. Beklagter beantragte Abweisung der Klage und widerklagend, festzustellen, daß der Mietvertrag vom 10. Juli 1918 bis 30. Sept. 1920 zu Recht bestehe. Das Landgericht erkannte nach dem Klageantrage, das Oberlandesgericht unter Abweisung der Klage nach dem Antrag der Widerklage. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Landgericht hat unter Berufung auf RGEntsch. 86, 60 ausgeführt: Unter Kündigung im Sinne des § 2 des Mietvertrags vom 10. Juli 1915 sei nicht eine Kündigung im gewöhnlichen Rechtssinne, sondern nur die Erklärung zu verstehen, daß ein neuer Vertrag nicht abgeschlossen werden solle. Zur Eingehung eines neuen Mietvertrages aber sei die Willenserklärung aller Beteiligten erforderlich. Da der eine der beiden Vermieter rechtzeitig vor dem 1. Juni 1918 erklärt habe, daß der alte Mietvertrag, falls Beklagter die neuen Bedingungen nicht annehme, am 30. Sept. 1918 sein Ende erreiche, diesen Standpunkt auch in den folgenden Verhandlungen aufrechterhalten habe, sei der neue Vertrag nicht zustande gekommen und der Räumungsanspruch begründet.

Diesen Ausführungen vermag der Senat nicht beizutreten.

Es ist zwar richtig, daß es sich im Streitfall nicht um eine eigentliche Kündigung handelt, die das Mietverhältnis zur Lösung zu bringen bestimmt ist, da dieses durch den bloßen Zeitablauf am 31. Mai 1918 beendigt war und daß die nach § 2 des Vertrages beiden Teilen freistehende Erklärung in Wahrheit die Ablehnung eines neuen, unter den bisherigen Bedingungen zu schließenden Vertrags enthielt. Nicht zutreffend ist aber die hieraus von Landgericht gezogene Schlußfolgerung, daß diese ablehnende Erklärung rechtswirksam von einem der mehreren Vermieter abgegeben werden konnte.

Mieter und Vermieter stehen sich im Streitfall nicht wie Pateien gegenüber, die vollkommen frei von bestehenden Verpflichtungen über Abschließung eines neuen Vertrags handeln. Sie sind vielmehr bei Abgabe der Erklärung, die auf Grund des § 2 des ursprünglichen Vertrages zu erfolgen hat, an diesen gebunden und können die Erklärung nur im Rahmen dieses Vertrages abgeben. Auch die Ablehnung des neuen Vertragsschlusses stellt sich in Fällen der vorliegenden Art immer als die Ausübung eines Rechts aus dem bestehenden Vertrage dar, und es müssen für die Ausübung dieses Rechts alle Beschränkungen gelten, die sich aus den Bestimmungen (z. B. hinsichtlich der Frist) wie aus der Natur des alten Vertrages ergeben.

In dieser Beziehung ist nur davon auszugehen, daß die mehreren Vermieter ebenso wie die mehreren Mieter bei Ausübung der beiderseitigen Vertragsrechte und -pflichten nur gemeinsam handeln können und daß einseitiges Handeln des einen oder anderen Vertragsgenossen auf das bestehende Rechts-

verhältnis in der Regel ohne Einfluß ist. Im Streitfall liegt auf seiten der Vermieter auch Miteigentümergemeinschaft nach § 741 ff. BGB. vor. Die Verwaltung des Hauses steht den Klägern gemeinschaftlich zu, sie können mithin Rechtshandlungen in bezug auf die Vermietung oder eine Änderung des bestehenden Mietverhältnisses nur gemeinsam vornehmen, wenn dadurch der beabsichtigte Rechtserfolg erreicht werden soll (RGEntsch. 89, 178). Daß das Rechtsverhältnis mehrerer Vermieter oder Mieter allgemein als ein einheitliches aufgefaßt werden muß, daß insbesondere die Gebrauchsüberlassung durch die Vermieter eine unteilbare Leistung darstellt, und daß die Lösung des Mietverhältnisses nur durch gemeinsames Handeln erfolgen darf, ist vielfach anerkannt (Mittelstein, Miete S. 61 ff., 425; Niendorff, Mietrecht S. 29, 327; Motive z. BGB. II, 413; RGEntsch. 90, 330). Um eine Gesamtgläubigerschaft im Sinne des § 428 BGB. handelt es sich dabei nicht.

Hiernach hätte die sog. Kündigungserklärung vom 11. Mai 1918, die inhaltlich nicht zu beanstanden ist, da sie eine zulässige Potestativbedingung enthält, nicht von dem Mitkläger M. allein, sondern auch von W. abgegeben werden müssen, um rechtswirksam zu sein.

Nun haben allerdings Kläger behauptet, daß W. die Verhandlungen mit den Beklagten dem Mitkläger M. überlassen habe, daß er mit dessen Maßnahmen einverstanden gewesen sei und daß er dies dem Beklagten auch ausdrücklich erklärt, den M. also bevollmächtigt habe (wird ausgeführt, daß das Gegenteil erwiesen sei).

Die Kläger machen weiter geltend, daß W. die sog. Kündigung später ausdrücklich, jedenfalls durch die Klageerhebung genehmigt hätte. Eine Genehmigung im Sinne des § 184 BGB. kommt nur dann in Frage, wenn man davon ausgeht, daß die „Zustimmung" des W. zu der Erklärung des M. vom 11. Mai erforderlich war (§ 182 BGB.). Ob es sich überhaupt um eine solche Zustimmung handeln kann, ist zweifelhaft. Da M. nicht Vertreter des W. war, kann das Erfordernis der Zustimmung nur daraus hergeleitet werden, daß das von M. vorgenommene Rechtsgeschäft wegen des bestehen den Gesamtrechtsverhältnisses notwendig auch die Rechtssphäre des W. berührt und deshalb sein Einverständnis mit der Erklärung des M. voraussetzt (vgl. § 744, Abs. 2 BGB.). Einfacher gestaltet sich die Rechtslage, wenn man annimmt, daß in Fällen der vorliegenden Art nicht die Ergänzung fremden, sondern die Erklärung eigenen Willens in Frage steht, daß also, wenn der eine Vermieter der Kündigung des anderen beitritt, darin lediglich die selbständige Erklärung seines rechtsgeschäftlichen Willens zu finden ist. Eine solche Erklärung hätte aber seitens des W. rechtzeitig, also vor dem 1. Juni 1918 erfolgen müssen, was nicht geschehen ist (vgl. Thiele, Ziv.Arch. 89, S. 146).

Faßt man dagegen den angeblichen, keinesfalls vor dem 1. Juni erfolgten Beitritt des W. als nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) auf,

so würde sich fragen, ob die Zurückbeziehung der Genehmigung auf den 11. Mai, also auf einen vor dem Kündigungstermine liegenden Zeitpunkt zulässig ist. Der Senat verneint diese Frage auf Grund des Reichsgerichtsurteils vom 28. Febr. 1907 (RGEntsch. 65, 248), wonach Fristablauf durch die Zurückbeziehung nicht geheilt werden kann. Träfe das nicht zu, so wäre die spätere Genehmigung jedenfalls deshalb unbeachtlich, weil sie vorher von W. unzweideutig verweigert worden ist (wird ausgeführt). W. hatte dadurch seinen der Kündigung entgegenstehenden Willen zu erkennen gegeben, also insoweit seine Zustimmung zu dem Vorgehen des Mitklägers M. verweigert. Die Weigerung der Genehmigung kann aber nicht widerrufen werden, wenn wie hier ein berechtigtes Interesse des Beklagten vorliegt endgültige Gewißheit über die Rechtswirksamkeit der Genehmigung zu erhalten (Planck 3 zu § 184 BGB.; Staudinger 2 das.)."

Urteil des OLG. zu Frankfurt a. M. v. 27. März 1919. 3 U 12/19. Cr.

---

133. Der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Geschäftsabschluß genügt für sich allein noch nicht zur Begründung des Anspruchs auf Maklerlohn, der nur für die Vermittelung von Geschäften versprochen ist.

Vgl. 72 Nr. 74 m. N.
BGB. §§ 652. 653.

Zwischen den Parteien kam Ende Mai 1916 ein Abkommen dahin zustande, daß die Klägerin für die Beklagte gegen Zahlung von Provision Suppenwürfel verkaufen sollte. Im Juni 1916 führte die Klägerin der Beklagten einen Kunden Ch. zu, nachdem sie vergeblich versucht hatte, für die Beklagte mit Ch. einen Abschluß über 50000 Stück zum Preise von 26 ℳ per 1000 Stück auftraggemäß zu verkaufen. Die Beklagte tätigte mit Ch. zwei Abschlüsse, und zwar den ersten über 50000 Stück zu 26 ℳ für 1000 Stück, den zweiten einige Wochen darauf über eine Million Würfel zu 25 ℳ für 1000 Stück. Die Klägerin verlangte für diese beiden Geschäfte Provision. Das Landgericht gab der Klage statt, das OLG. wies die Klage ab. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Dem Landgerichte ist zwar darin beizustimmen, daß die Klägerin nur für die Vermittlung von Geschäften über Suppenwürfel Provision beanspruchen kann. Für die Zuführung von Kunden ist ihr eine Provision nicht zugesagt. Auch gesetzlich kann sie hierfür nichts beanspruchen. Der Hinweis auf § 653 BGB. erscheint verfehlt. Die Zuführung von Kunden ist der Klägerin nicht übertragen. Es fehlt sonach an einer im Sinne dieser Bestimmung dem Mäkler übertragenen Leistung, die den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann aber die von der Klägerin entfaltete Tätigkeit nicht als

Vermittlung im Sinne des Gesetzes und des Abkommens zwischen den Parteien angesehen werden. Zu Unrecht geht das Landgericht davon aus, daß der Klägerin ein Anspruch auf Maklerlohn für alle Geschäfte zustehe, bei denen ein ursächlicher Zusammenhang zwischen ihrer Tätigkeit und dem Abschlusse des Geschäfts bestehe, einerlei durch wen dieser Abschluß selbst vorgenommen worden sei.

Wäre dieser vom Landgericht aufgestellte Rechtssatz richtig, dann müßte die Klägerin auch für die Zuführung von Kunden, mit denen die Beklagte selbst Geschäfte abgeschlossen hat, Provision fordern können, denn die Zuführung des Kunden steht ohne Zweifel im ursächlichen Zusammenhang mit dem Abschluß des Geschäfts. Dieser Rechtsansicht kann nicht zugestimmt werden. Richtig ist zwar, daß der Makler auch dann seine Vermittlungsprovision fordern kann, wenn er selbst den Abschluß des Geschäfts nicht ge tätigt hat. Dann muß aber der Abschluß des Vertrags durch die von ihm entwickelte Tätigkeit so weit vorbereitet sein, daß es zum Abschluß des Vertrags seiner weiteren Mitwirkung nicht mehr bedarf. Ein Anspruch auf Maklerlohn entsteht aber nicht, wenn erst durch die Bemühungen eines anderen Maklers oder der Vertragsteile selbst eine Einigung herbeigeführt wird."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 27. Febr. 1919. L. w. F. u. Gen. Bf. III. 317/18. B.

---

134. Die Annahme eines Gesellschaftsvertrags erfordert die Feststellung eines dem § 705 BGB. entsprechenden Vertraginhalts; zeitweiser Ausschluß der Kündigung bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaftsvertrage.

BGB. §§ 705. 723.

Der Kläger behauptete: Er habe mit dem Beklagten im August 1916 eine Vereinbarung dahin getroffen, daß er, Kläger, Baumwollmaterialien, die er von den dem Beklagten nicht bekannten Lieferern — den Brüdern A. und M. S. in Forst — kaufen werde, auf gemeinsame Rechnung für sich und den Beklagten kaufe, sie ebenso auf gemeinsame Rechnung verkaufe und daß der von ihm dabei erzielte Gewinn geteilt werde. Der Beklagte sei hiermit einverstanden gewesen und es sei demgemäß verfahren worden. Da er am 8. Sept. 1916 zum Heere einberufen worden sei, habe er am 7. Sept. 1916 bei M. S. und bei dem Beklagten angefragt, ob auch in seiner Abwesenheit die Geschäfte in gleicher Weise fortgeführt werden könnten, solchenfalls wolle er beide zur Fortsetzung der bisherigen Geschäftsverbindung zusammenführen. In einer gemeinschaftlichen Verhandlung sei dieses Einverständnis erzielt worden, wobei sich M. S. — zugleich für seinen Bruder A. S. — noch besonders verpflichtet habe, die Geschäfte mit dem Beklagten nur unter der Bedingung fortzuführen, daß der Kläger weiter die Hälfte vom Gewinn

erhalte. Seitdem seien die Geschäfte zwischen den Brüdern S. und dem Beklagten ebenso abgewickelt worden, wie vordem zwischen dem Kläger und S. Mit Brief vom 24. Sept. 1916, den er, Kläger, jedoch erst Ende Oktober oder Anfang November 1916 erhalten habe, habe aber bereits der Beklagte die Geschäftsverbindung ohne gerechtfertigten Grund und unter Berufung auf nichtige Vorwände gekündigt. Das Vertragsverhältnis bestehe sonach noch, da diese Kündigung unwirksam sei. Der Beklagte habe auch in Widerspruch mit seiner Kündigung die Geschäftsverbindung mit S. fortgesetzt, es sei aber nicht angängig, dann den Kläger auszuschalten und unter seiner Umgehung den ganzen Geschäftsgewinn für sich zu behalten. Auch widerspreche es Treu und Glauben im Verkehr, wenn der Beklagte, nachdem ihm zufolge der Vereinbarung mit dem Kläger der Name der Lieferer bekannt geworden sei, sich aus nichtigen Gründen die gesamten Vorteile aus den Geschäften einheimsen wolle. Der Kläger verlangte daher Auskunfterteilung über die mit dem Kaufmann A. S. getätigten Geschäfte und Zahlung der Hälfte des sich hiernach ergebenden Gewinnes.

Der Beklagte bat um Klagabweisung und stellte die Vereinbarung mit dem Kläger dahin dar, daß er, Beklagter, die vom Kläger einzukaufenden Abfälle weiterverkaufen und daß der erzielte Gewinn geteilt werden solle; er behauptet, die Person der Lieferer sei ihm nur bei den drei ersten Geschäften noch unbekannt gewesen, bereits seit Mitte August 1916 habe er diese durch den Kläger selbst erfahren gehabt. Nach seiner Einberufung sei dann der Kläger an ihn herangetreten mit der Bitte, ihn auch weiter an den mit M. S. abzuschließenden Geschäften zu beteiligen. Am 21. Sept. 1916 habe daraufhin bei einer Zusammenkunft in Guben, bei der der Kläger ihm auch M. S. vorgestellt habe, eine Vereinbarung dahin stattgefunden, daß der Kläger $^2/_5$ des Gewinns erhalte, aber künftighin mit einer Geldeinlage sich beteiligen und das Risiko sowohl für die bisher abgeschlossenen als die künftigen Geschäfte mittragen wolle, auch die Hälfte der allgemeinen Geschäftskosten übernehme. Diese Vereinbarung habe der Kläger nicht eingehalten. Da er außerdem bei Einsichtnahme in die klägerischen Geschäftsbücher entdeckt habe, daß ihn der Kläger bisher fortlaufend dadurch betrogen habe, daß er höhere Einkaufspreise angerechnet habe, als er tatsächlich an S. bezahlt habe, habe er am 24. Sept. 1916 mit gerechtfertigtem Grund gekündigt. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Ist auch dagegen nichts zu erinnern, daß die im August 1916 zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung eine Gesellschaft im Sinne von BGB. § 705 begründete, so genügt die bloße Verweisung auf die Parteierklärungen und die Aussagen der Zeugen R. und S. nicht für die Feststellung, das Verhältnis sei nach der Einberufung des Klägers zum Heere im Sept. 1916 als Gesellschaft weiter fortgesetzt worden. Denn die tatsächlichen

Behauptungen der Parteien widersprechen sich, werden gegenseitig bestritten, und es fehlt jede Feststellung darüber, welches Vorbringen vom Gericht für erwiesen erachtet worden ist. Es reicht aber einmal zum Nachweis für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nicht aus, daß die Parteien ihrerseits das Verhältnis rechtlich als Gesellschaft angesehen haben, denn ihre rechtliche Beurteilung ist für die dem Vertrag in Wahrheit zukommende rechtliche Bedeutung ohne Belang. Und es genügt ferner nicht, daß eine jede Partei Vereinbarungen behauptet, die, sofern sie getroffen worden wären, rechtlich in der Tat einen Gesellschaftsvertrag darstellten, wenn eben diese Vereinbarungen ihrem Inhalt nach von der Gegenseite bestritten und vom Richter weder die eine noch die andere Behauptung für erwiesen angenommen worden ist. Ein Gesellschaftsvertrag kann immer nur mit einem bestimmten Inhalt, nicht als abstrakter Begriff bestehen. Das Vorliegen eines Gesellschaftsvertrags anzunehmen und seinen Inhalt dahingestellt zu lassen, ist daher rechtlich verfehlt. Im vorliegenden Falle steht aber von allen rechtlichen Erfordernissen des BGB. § 705 nur fest, daß der Kläger zu einem — seiner Höhe nach bestrittenen — Teile an dem Gewinn der vom Beklagten vorgenommenen Verkäufe der Baumwollabfälle beteiligt sein sollte. Dies kann die Anteilnahme an einem zu erzielenden Gewinn als einem gemeinsamen Zwecke bedeuten, es kann aber ebensogut lediglich die Bestimmung der Provision für Mäklerdienste sein, die in der Vermittlung des Beklagten als Abkäufer mit den Brüdern S. als Verkäufer bestanden, oder die Entschädigung für Kundgabe der Bezugsquelle. Zum Gesellschaftsvertrage gehört vor allem, daß der Beklagte die Verkäufe nicht allein als seine Geschäfte, sondern als gemeinschaftliche Geschäfte der Gesellschaft vornahm, der Gewinn hieraus ein gemeinschaftlicher wurde und auch der Kläger in irgendeiner Weise die Erreichung des gemeinschaftlichen Zwecks durch Beiträge förderte. Inwiefern und wodurch dies nach seiner Einberufung zum Heere geschehen ist, darüber fehlt im Urteil jeder Ausspruch.

Liegt kein Gesellschaftsvertrag vor, so entfällt die vom Beklagten beanspruchte Befugnis jederzeitiger Kündigung nach BGB. § 723, und es ist zu prüfen, ob der Klaganspruch begründet ist vom Gesichtspunkt der Provisionsforderung oder der Entschädigung für sonstige Leistungen und ob sich der Beklagte der Erfüllung der von ihm zugesicherten Gegenleistung mit Grund entziehen kann. Schon diese Erwägungen führen zur Aufhebung des Urteils. Damit wird auch die von der Revision erhobene Prozeßbeschwerde aus ZPO. § 286 wegen Übergehung der Beweisanträge im Schriftsatz vom 7. und 8. Okt. 1918 (Bl. 87) gegenstandslos, wobei dahingestellt bleiben kann, inwieweit die auf das Zeugnis des Justizrats Sch. gestellte Behauptung von rechtlicher Bedeutung ist.

Aber auch wenn sich ergeben wird, daß in der Tat die Geschäftsverbindung der Parteien als Gesellschaftsvertrag fortbestanden hat, so ist das

Vorbringen des Klägers für die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag auf unbestimmte oder bestimmte Zeit abgeschlossen wurde und ob die Kündigung des Beklagten mit Recht erfolgt ist, nicht ausreichend gewürdigt worden. Von Bedeutung ist dann zunächst, daß die Fortsetzung des Gesellschaftsvertrags vereinbart wurde mit Rücksicht auf die Einziehung des Klägers zum Heere, und es war jedenfalls zu prüfen, ob nach dem Willen der Parteien der dieser Einziehung Rechnung tragende abgeänderte Gesellschaftsvertrag nicht auch für die Dauer dieser Einziehung fortbestehen sollte (JW. 1906, 741 Nr. 11). Dieser Wille konnte namentlich dann vorliegen, wenn es richtig ist, wie der Kläger behauptet, daß nach dem bisherigen Vertrag er nicht nur den Einkauf, sondern auch den Verkauf der von S. bezogenen Waren als Geschäftsführer der Gesellschaft besorgte und die aus Anlaß seiner Einziehung mit dem Beklagten getroffene Vereinbarung sonach lediglich den Zweck haben sollte, dem Beklagten nunmehr diese gesamte Geschäftsführung für die Dauer der Einziehung des Klägers zu übertragen. Jedenfalls lag erkennbar dem Kläger daran, auch für die Dauer seiner Einziehung die alten Verhältnisse aufrechtzuerhalten und sich die Gewinnbeteiligung weiter zu sichern, und es kann daher recht wohl stillschweigend für eben diese Dauer die Fortsetzung des Vertrags gewollt sein. Dann läge aber kein für eine unbestimmte Zeit eingegangener Gesellschaftsvertrag vor. Sodann muß auf die vom Kläger behauptete Tatsache Gewicht gelegt werden, daß der Beklagte seine Bezugsquelle noch nicht gekannt und von ihm erst bei der Vereinbarung über die Fortsetzung des Gesellschaftsvertrags mitgeteilt erhalten habe. Teilte der Kläger dem Beklagten diese Bezugsquelle gerade zum Zwecke der Aufrechterhaltung und Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit, so brachte er diese Kenntnis als Einlage in die Gesellschaft und der Beklagte kann dann nicht einseitig diese für eigene Erwerbszwecke ausnutzen. Solange er sich die Vorteile dieser Geschäftseinlage zunutze macht und damit die ihm zustehenden Rechte eines Gesellschafters ausübt, muß er vielmehr auch die als Gesellschafter übernommenen Pflichten erfüllen. Ferner schließt der Umstand, daß die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, nicht aus, daß nach dem übereinstimmenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Parteien oder dem nach Treu und Glauben gemäß BGB. § 157 anzunehmenden Willen innerhalb einer bestimmten Zeit der Gesellschaftsvertrag nicht gekündigt werden sollte. Dem steht die Vorschrift des BGB. § 723 Abs. 3 nicht entgegen. Das ergibt die Bestimmung des Abs. 1, wonach auch bei Gesellschaften, die nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen sind, eine Kündigungsfrist bestimmt werden kann. Ebenso muß auch vereinbart werden können, daß die Kündigung während einer bestimmten Frist nicht oder erst von bestimmter Frist ab zulässig sein soll, und diese Zeit kann auch nach BGB. § 157 gefunden werden, der alle Verträge, auch die Gesellschaften, die für keine bestimmte Zeit eingegangen sind, beherrscht.

Sollte aber der anteilige Gesellschaftsgewinn dem Kläger als Gegenleistung für den der Gesellschaft gemachten Beitrag dienen, der in der Kundmachung der vorteilhaften Bezugsquelle bestand, so war nach Treu und Glauben im Verkehr der Vertrag wenigstens so lange auszuhalten, bis der Kläger aus den Gewinnen eine angemessene Entschädigung erhalten hatte, und es durfte ihm diese Entschädigung hierfür nicht sofort dadurch entzogen werden, daß der andere Gesellschafter die Gesellschaft kündigte, während er notwendig die Kenntnis der Bezugsquelle auch nach der Auflösung der Gesellschaft behielt, obwohl ihm diese lediglich als Gesellschafter und zum Erwerb für Gesellschaftszwecke mitgeteilt worden war. Inwieweit diese Kündigung überdies nach BGB. § 226 als unzulässig anzusehen wäre, hätte gleichfalls der Prüfung bedurft. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 14. März 1919. Sch. w. W. (Kammergericht). II. 393/18. Auch in Entsch. 95 Nr. 48 S. 147.

---

135. Regreß auf Zahlung der Schecksumme aus einem nicht eingelösten Verrechnungsscheck.

Scheckges. v. 11. 3. 1908 §§ 14. 17. Wechs.O. Art. 50.

Der Kläger war Inhaber eines vom Beklagten ausgestellten Schecks über 5000 *M*, der von dem Bezogenen trotz rechtzeitiger Vorlegung nicht eingelöst worden war. Der Kläger war als Zahlungsempfänger in dem Scheck angegeben, jedoch der Zusatz „oder Überbringer" beigefügt. Der Scheck trug auf der Vorderseite den Vermerk: „Nur zur Verrechnung." Der Kläger machte den Beklagten für die Einlösung des Schecks haftbar und beanspruchte von ihm Zahlung der Schecksumme nebst 5% Zinsen seit dem Tage der Vorlegung des Schecks. Der Beklagte erhob Einwendungen aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Klage wurde abgewiesen, die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Gegen die Schlüssigkeit des Klageanspruchs bestehen keine rechtlichen Bedenken. Wenn der Scheck auch den Vermerk „nur zur Verrechnung" trug, so ging doch der Regreßanspruch des Inhabers gegen den Aussteller auf Zahlung der Schecksumme. Denn die Verrechnung gilt als Zahlung im Sinne des Scheckgesetzes (§ 14 Abs. 1). Der Umfang der Regreßforderung bestimmt sich gemäß § 17 Scheckgesetzes nach Art. 50 der Wechselordnung. Nach dieser Vorschrift sind aber die Regreßansprüche des Wechselinhabers in erster Reihe auf die nicht bezahlte Wechselsumme gerichtet. Da das Scheckgesetz bei der Regelung des Regreßanspruchs keinen Unterschied zwischen dem Zahlungsscheck und dem Verrechnungsscheck macht, so ist der Inhaber eines nicht eingelösten Verrechnungsschecks berechtigt, seinen Regreß gegen den Aussteller ohne weiteres auf Zahlung der Schecksumme zu richten. (Vgl. auch Bernstein in JW. 1919 S. 51 Anmerkung.). . . ."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 26. Febr. 1919. Sch. w. S. (Kammergericht). V. 327/18. Auch in Entsch. 95 Nr. 78 S. 241.

136. Anlegung eines Sparkassenguthabens auf fremden Namen*; Schenkung eines Sparkassenguthabens**.

*Vgl. 35 Nr. 17; **Vgl. 66 Nr. 47 m. N. u. 73 N. 8.
BGB. §§ 808. 328; BGB. §§ 398. 518. 952.

Der verstorbene K., der Großvater der Klägerinnen und Vater des Beklagten, hatte bei der Neuen Sparkasse in H. zwei Sparkassenbücher auf den Namen der beiden Klägerinnen anlegen lassen und auf das eine Buch 502 *M* und auf das andere Buch 500 *M* aus eigenen Mitteln eingezahlt. Bei seinem Tode fanden sich die Bücher in seinem Nachlaß. Eine letztwillige Verfügung hatte K. nicht errichtet. Die Parteien gehören zu seinen gesetzlichen Erben. Mit der Klage verlangten die Klägerinnen vom Beklagten die Herausgabe der Bücher, indem sie behaupteten, sie seien ihr Eigentum, da ihr Großvater K. sie ihnen geschenkt habe. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Großvater der Klägerinnen hatte die Sparkassenbücher auf ihren Namen anlegen lassen, sie ihnen aber nicht ausgehändigt, sondern in seinem Besitze behalten. Nach der vom RG. in Entsch. 60, 143/144 und 73, 221/222 vertretenen Ansicht reicht die bloße Tatsache, daß jemand Geld bei einer Sparkasse auf fremden Namen anlegt, nicht aus, um den Namensträger des Sparkassenguthabens zum Gläubiger der Sparkasse zu machen, wenn nicht andere Umstände dazu kommen, aus denen sich der Wille des Einzahlenden ergibt, dem Namensträger das Gläubigerrecht zu verschaffen. Solche Umstände sind hier nicht erkennbar. Der Großvater K. hatte die Einzahlung des Geldes aus eigenen Mitteln bewirkt. Es ist auch nicht behauptet, daß er bei der Anlegung der Bücher etwa noch besonders der Sparkasse erklärt habe, die Klägerinnen sollten das Forderungsrecht gegen die Sparkasse erwerben. Beim Abschlusse des Vertrages mit der Sparkasse fehlte es also an irgendeinem Umstand, aus dem hervorgegangen wäre, daß K. entgegen dem vom Reichsgericht angenommenen Regelfalle eines Rechtserwerbs für sich ein Recht für die Namensträger der Sparkassenbücher habe begründen wollen.

Desgleichen fehlt es an rechtlichen Vorgängen, vermöge deren die Klägerinnen das zunächst für K. entstandene Gläubigerrecht nachträglich erworben hätten. Zwar behaupten sie, ihr Großvater habe ihrem Vater gesagt, er schenke ihnen die Spareinlagen, ihr Vater habe sich bei ihm dafür bedankt und ihnen von diesem Gespräche Mitteilung gemacht. Gerade da aber der Großvater die Bücher nicht herausgab, also vermutlich die Hand darüber halten wollte, und den damals bereits volljährigen Klägerinnen keine unmittelbare Mitteilung von der angeblichen Schenkung machte, ist kein irgendwie sicherer Anhalt dafür vorhanden, daß der Großvater, als er mit dem Vater über die Spareinlagen sprach, die Absicht hatte, schon hierdurch eine bindende Erklärung rechtsgeschäftlichen Inhalts abzugeben. Die Sachlage spricht vielmehr weit eher dafür, daß er lediglich sagen wollte, er gehe mit der Absicht um, den Klägerinnen später einmal die Spareinlagen zuzuwenden. Zu einer

Schenkung unter Lebenden würde überdies eine Einigung über die Zuwendung erforderlich gewesen sein (§ 516 BGB.). Die Klägerinnen haben jedoch nichts getan, woraus ihr Großvater hätte entnehmen können, daß sie die Schenkung annahmen, sie haben sich sogar nicht einmal bei ihm dafür bedankt. Zum Zustandekommen einer Einigung über die Schenkung, deren Abschluß und gleichzeitige Erfüllung auch mittels einer bloß mündlichen Übertragung der Sparkassenforderungen hätte stattfinden können, genügte es aber noch keineswegs, wenn der Großvater K. dem Vater der volljährigen Klägerinnen die erwähnte Mitteilung machte, und wenn der Vater hinterher die Klägerinnen hiervon in Kenntnis setzte, selbst wenn K., wofür aber nichts vorliegt, geglaubt haben sollte, daß er bereits hiermit eine rechtlich wirksame Übertragung der Sparkassenforderungen vorgenommen hätte. Da K. bis zu seinem Tode die Spareinlagen weder abhob, noch auf seinen Namen umschreiben ließ, so ist es allerdings wahrscheinlich, daß er angenommen haben mag, die Klägerinnen würden das Forderungsrecht ohne weiteres mit seinem Tode erwerben. Für eine Schenkung von Todeswegen oder für einen anderen erbrechtlichen Erwerb hätte indessen dieser Sachverhalt nicht genügt. K. würde sich dann also zum Nachteil der Klägerinnen in einem Rechtsirrtume befunden haben.

In der Rechtslehre wird nun allerdings die Ansicht vertreten, daß ein Vertrag zugunsten eines Dritten nach § 328 BGB. dadurch zustande komme, daß jemand mit eigenem Geld ein Sparkassenbuch auf den Namen eines anderen anlegen lasse (vgl. v. Thur, LZ., 1918, S. 882 ff.). Diese Ansicht wird in beachtlicher Weise damit begründet, daß die Auslegung des Einzahlungsvorganges nicht auf die innere Willensrichtung (die Absicht) des Einzahlers, sondern darauf abgestellt werden müsse, wie seine Handlung nach außen von dem Vertragsgegner, der Sparkasse, verstanden zu werden pflegt, es wird sogar ausgeführt, daß im Hinblick auf die unzweideutige Erklärung des Einzahlers, das Sparguthaben auf einen fremden Namen anzulegen, der Rechtserwerb des Dritten nicht einmal dadurch gehindert werde, daß der Sparkassenbeamte wisse, der Einzahlende wolle das Gläubigerrecht für sich selbst begründen. Ob dieser Auffassung der Vorzug vor der erwähnten reichsgerichtlichen Ansicht zu geben wäre, kann hier dahingestellt bleiben. Auch bei Bejahung eines Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB.) würde es für den vorliegenden Fall im Innenverhältnisse zwischen den Klägerinnen und ihrem Großvater an einem die Zuwendung der Sparkassenforderungen rechtfertigenden Rechtsgrunde fehlen. Nach den eigenen Angaben der Klägerinnen käme als ein Rechtsgrund der Zuwendung nur eine Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen in Betracht. Eine wirksame Schenkung dieser Art ist aber, wie bereits ausgeführt wurde, nicht zustande gekommen. Auch v. Thur nimmt in solchem Fall eine ungerechtfertigte Bereicherung des Namensträgers der Spareinlage an und gibt deshalb gegen diesen einen

Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung (a. a. O. S. 885). Selbst wenn demnach die Klägerinnen nach § 328 BGB. als Gläubiger der Sparkassenforderungen und mithin nach § 952 BGB. auch als Bucheigentümer anzusehen sein sollten, so würden sie mit ihrem Eigentumsanspruch aus § 985 BGB. um deswillen nicht durchdringen können, weil sie vom Beklagten etwas verlangen, was sie nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zur Nachlaßmasse wieder herausgeben müßten. Ihr Anspruch ist daher auch vom Standpunkte der gegen die reichsgerichtliche Auffassung gerichteten Ansicht unbegründet."

Urteil des OLG. zu Kiel (1. Sen.) v. 5. Dez. 1918. S. w. K. U I 70/18. Schl.-Holst. Anz. 1919 S. 19.

---

137. Versicherung gegen Einbruchdiebstahl; Begrenzung des Schadenersatzes bei Gegenständen, für die ein Höchstpreis besteht.

Vgl. VG. v. 30. Mai 1908 §§ 52. 86.

Der Kläger, ein Kaufmann, war bei der Beklagten gegen Einbruchdiebstahl versichert. Nachdem ihm im Frühling 1918 aus dem Keller Vorräte an Schinken, Speck und Wurst gestohlen waren, hatte sich die Beklagte bereit erklärt, dem Kläger Entschädigung unter Zugrundelegung der Höchstpreise mit 226,60 *M* zu zahlen. Der Kläger hielt diese Entschädigung für unzulänglich, da tatsächlich Vorräte der in Frage stehenden Art und Menge für den Höchstpreis nicht erhältlich seien, und bezifferte den ihm in Wahrheit entstandenen Schaden auf 2216 *M*. Er wurde mit der Klage auf Bezahlung der Mehrforderung abgewiesen vom Ber.-Gericht aus folgenden Gründen:

„Der Versicherungsantrag vom 31. Aug. 1917 und der Nachtrag vom 27. Mai 1918 ergeben, daß die Parteien keine von den gewöhnlichen Bestimmungen abweichende Versicherung abgeschlossen haben, daß insbesondere kein außergewöhnliches Interesse des Versicherungnehmers zum Gegenstande des Vertrages gemacht ist. Versicherungswert ist daher gemäß der Bestimmung des § 52 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 der Wert der gestohlenen Sachen, d. h. nach dem hier sinngemäß anzuwendenden § 86 daselbst, da es sich um Haushaltungsgegenstände handelt, derjenige Betrag, welcher erforderlich ist, um Sachen gleicher Art anzuschaffen, (der Wertunterschied zwischen neuen und alten Sachen kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht). Diesen gesetzlichen Bestimmungen entsprechen auch die §§ 2 und 14 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der beklagten Gesellschaft, wonach der Wert der Sachen zur Zeit des Eintrittes des Versicherungsfalles zu ersetzen ist.

Hiernach erscheint zwar grundsätzlich der klägerische Anspruch begründet, der davon ausgeht, daß die Entschädigungssumme ihn in den Stand setzen müsse, Ersatz für die gestohlenen Sachen zu beschaffen. Auch ist dem Kläger

zuzugeben, daß es nur in Ausnahmefällen möglich ist, größere Mengen Speck, Schinken, Wurst zu den gesetzlichen Höchstpreisen zu erwerben, so daß die im Betrage des Höchstpreises angebotene Entschädigungssumme vermutlich zur Deckung des wirtschaftlichen Schadens nicht hinreichen kann. Trotzdem beansprucht der Kläger zu Unrecht mehr als den ihm angebotenen Betrag.

Die durch den Krieg beengte wirtschaftliche Lage Deutschlands hat es notwendig erscheinen lassen, für eine große Anzahl von Gegenständen des täglichen Bedarfs und insbesondere für Nahrungsmittel Höchstpreise einzuführen. Diese gesetzliche Maßregel bezweckt, die davon betroffenen Gegenstände innerhalb bestimmter Preisgrenzen dem Verkehr zuzuführen, sie verbietet daher, im Verkehr höhere als die zugelassenen Preise zu fordern, so daß bei Überschreitung die Herabsetzung auf das gesetzliche Höchstmaß stattzufinden hat (RGEntsch. 89, 251). Damit ist der höchste Verkehrswert der vom Höchstpreis betroffenen Gegenstände gesetzlich festgelegt. (Vgl. Bruck, Versicherungssumme und Höchstpreis, Hanseat. Rechtszeitschrift I S. 495.) Wenn die Höchstpreisbestimmung vielfach das unerwünschte Ergebnis gezeitigt hat, die Ware aus dem ordentlichen Verkehr zu verdrängen und sie dem Schleichhandel zuzuführen, in welchem sie zu einem den Höchstpreis oft um das Vielfache überschreitenden Preise gehandelt wird, so ist dieser Handel ungesetzlich, und das Gesetz tritt ihm mit Strafdrohungen entgegen. Der Versicherungnehmer kann sich nicht darauf berufen, daß er, um für seinen Schaden tatsächlich vollen Ersatz zu erlangen, auf ungesetzlichem Wege einkaufen müsse. Denn versichert ist bloß das erlaubte Interesse des Versicherungnehmers (Ehrenberg, Versicherungsrecht S. 20, 299; Derselbe, Das Interesse im Versicherungsrecht (Festgabe für Sohm) S. 11), und sich auf ungesetzlichem Wege Ersatz zu verschaffen, kann niemals rechtlich erlaubt sein. Wenn aber der Kläger darauf hinweist, daß es ihm doch verstattet sei, entweder durch zulässigen Ankauf von Auslandsware oder durch Erwerb solcher Nahrungsmittel, die nicht dem Höchstpreis unterliegen, wie Dauerwaren von gewissen Geflügelarten, Kaninchen u. dgl. Ersatz zu beschaffen, so mag ein derartiger Ersatz zwar wirtschaftlich den erlittenen Schaden ausgleichen, rechtlich gleichwertig ist er nicht. Denn versichert war lediglich inländisches Schweinefleisch in seiner Zubereitung als Schinken, Speck und Wurst. Die Ersatzbeschaffung aus Auslandswaren oder nicht höchstpreispflichtigen Produkten anderer Tierarten hätte zum besonderen Gegenstand des Versicherungsvertrags gemacht werden müssen, was streitlos nicht geschehen ist. Die bloße Tatsache der Erhöhung der Versicherungssummen für Lebensmittel durch den Nachtrag vom 27. Mai 1918 trägt wohl der allgemeinen Teuerung Rechnung, enthält aber keineswegs die Vereinbarung eines besonderen Maßstabes für die Entschädigung."

Urteil des OLG. zu Rostock (1. Sen.) v. 12. Mai 1919. Nord (Kl.) gegen Schweizerische Unfallversicherungsaktiengesellschaft. Ua 23/19. K—n.

138. Keine Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Vaters.

BGB. §§ 1627. 1631.

„Das Landgericht hat in Übereinstimmung mit dem Amtsgericht als Vormundschaftsgericht den Antrag des Vaters Hermann B., anzuordnen, daß sein gegenwärtig bei der Mutter befindlicher Sohn Friedrich Karl B. bei ihm zu wohnen habe, zurückgewiesen mit der Begründung, daß keine Tatsachen vorliegen, welche das Vormundschaftsgericht veranlassen könnten, in der beantragten Weise einzugreifen, daß vielmehr die ärztlicherseits bezeugte Kränklichkeit des Knaben für Belassung in der mütterlichen Pflege spreche.

Die landgerichtliche Entscheidung kommt dem aus ihrer Begründung zu entnehmenden Sinne nach darauf hinaus, daß der Sohn bei der Mutter zu verbleiben habe; sie geht offenbar von der Rechtsanschauung aus, daß es einer durch besondere Tatsachen zu rechtfertigenden Anordnung des Vormundschaftsgerichts bedürfe, um unter den gegebenen Umständen das Recht des Vaters auf Herausgabe des Sohnes zu begründen. Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung der gesetzlichen Bestimmungen.

Nach §§ 1627. 1631 BGB. steht dem Vater mit der Sorge für die Person des Kindes auch das Recht zu, dessen Aufenthalt zu bestimmen. Daß neben dem Vater auch die Mutter die Sorge für die Person des Kindes hat, ändert hieran nichts, da bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht (§ 1634 BGB.). Eine Einschränkung der väterlichen Rechte ist bisher weder durch Maßregeln des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB. noch durch die im Ehescheidungsprozeß der Eltern erlassene einstweilige Verfügung erfolgt. In dem vom Antragsteller gegen seine Ehefrau angestrengten Prozesse auf Herausgabe der Kinder hat das Landgericht durch das freilich noch nicht rechtskräftige Urteil der Klage hinsichtlich des Sohnes Friedrich Karl stattgegeben. Unter diesen Umständen bedarf es nicht des Nachweises besonderer Tatsachen für das Recht des Vaters, den Aufenthalt des Sohnes zu bestimmen und seine Herausgabe von der Mutter zu fordern. Die Gründe des Landgerichts können deshalb die angefochtene Entscheidung nicht rechtfertigen.

Trotzdem ist die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen. Denn die Abweisung des gestellten Antrags ergibt sich aus der Erwägung, daß bei den gegebenen Verhältnissen für eine von dem Vormundschaftsgericht im Sinne des Antragstellers zu erlassende Anordnung kein Raum ist, der Antragsteller seinen Anspruch auf Herausgabe des Sohnes Friedrich Karl vielmehr — wie er auch bereits durch Klageerhebung getan hat — beim Prozeßgericht verfolgen muß.

Darüber, ob Umstände vorliegen, welche eine Einschränkung des väterlichen Rechtes hinsichtlich des Friedrich Karl rechtfertigen könnten, wird durch die Abweisung des vom Vater gestellten Antrags bei dieser Begründung

nicht entschieden. Daß ein Mißbrauch des Fürsorgerechts seitens des Vaters vorliege, durch welchen das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet würde, haben die Vorinstanzen nicht festgestellt."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 19. März 1919. B. w. B. F. 7. 19. B.

---

139. Die Geltendmachung zum Nachlaß gehöriger Erbansprüche an dem Nachlaß eines vor dem Erblasser gestorbenen Dritten steht nicht den Erben, sondern nur dem Testamentsvollstrecker zu.

Vgl. 73 Nr. 163 m. N.
BGB. § 2212. ZPO. § 327.

Der Kläger erhob als Testamentsvollstrecker der 1913 verstorbenen Frau B. gegen die Erben deren im Jahre 1902 verstorbenen Ehemanns Michael B. Klage auf Feststellung, daß er zu ½ an dem Nachlasse des Michael B. beteiligt sei. Der von den Beklagten erhobene Einwand der mangelnden Aktivlegitimation des Klägers wurde für unbegründet erklärt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Mit Recht hat das Ber.-Gericht die Aktivlegitimation des klagenden Testamentsvollstreckers bejaht. Allerdings hat das Reichsgericht in Übereinstimmung mit der in der Literatur vertretenen herrschenden Meinung angenommen, daß es im allgemeinen nicht Sache des Testamentsvollstreckers ist, das Erbrecht selbst zur Feststellung zu bringen. Das ist aber nur dahin zu verstehen, daß der Testamentsvollstrecker nach § 2212 BGB. nicht berufen ist, über eine Erbberechtigung in Ansehung des von ihm verwalteten Nachlasses eine Entscheidung herbeizuführen. Das um deswillen, weil er nicht die Rechte der Erben an dem Nachlaß, sondern diesen selbst verwaltet und weil er nicht einen bestimmten Erben vertritt, vielmehr den Nachlaß kraft seines Amts repräsentiert, den er für den wahren Erben zu verwalten hat. Die Feststellung einer Erbberechtigung in Ansehung des von dem Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlasses steht hier aber nicht in Frage. Mit der Klage wird vielmehr nur die Feststellung begehrt, daß die Erblasserin Ehefrau B. ihren Ehemann gesetzlich mitbeerbt hat und daher ihr — von dem Testamentsvollstrecker verwalteter — Nachlaß von dem Nachlaß ihres Ehemannes die Hälfte beanspruchen kann.

Die Erben nach der Ehefrau B. setzten nun zwar die Person ihrer Erblasserin nach den Grundsätzen der Universalerbfolge fort. Daraus folgt aber nicht, daß sie auch legitimiert sind, deren Erbberechtigung gegenüber dem Nachlaß des Michael B. geltend zu machen. Die Verfügung über dieses Recht war ihnen vielmehr durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung entzogen. Der Anteil der Ehefrau an dem Nachlaß ihres Ehemannes gehörte zu dem der alleinigen Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden



Nachlaß. Es handelt sich um die Feststellung des Umfanges dieses Nachlasses, und diese Feststellung herbeizuführen mit Rechtskraft für die Erben, ist der Testamentsvollstrecker nach § 2212 BGB., § 327 Abs. 1 ZPO. allein berechtigt und verpflichtet (vgl. auch RG. DJZ. 1905 S. 814 ff.)."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 3. April 1919. B. w. F. (OLG. Cöln.) IV. 338/18.

---

140. Die Stellung des Entmündigungsantrags begründet für den demnächst wegen Geisteskrankheit Entmündigten keine Testierunfähigkeit.

BGB. § 2229 Abs. 3.

„Die Vorschrift des § 2229 Abs. 3 Satz 2 BGB., die die im allgemeinen mit der Geschäftsfähigkeit zusammenfallende Testierfähigkeit beschränkt, bezieht sich nach ihrem unzweideutigen Wortlaute nur auf entmündigte Geistesschwache, Verschwender und Trunksüchtige und bestimmt, daß deren Unfähigkeit, ein Testament zu errichten, schon mit der Stellung des Antrags eintreten soll, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt. Sie kann aber auch nicht aus inneren Gründen entsprechend auf entmündigte Geisteskranke ausgedehnt werden. Denn indem die Vorschrift die an sich testierfähigen, aber wenig widerstandsfähigen Geistesschwachen usw. gegen ungehörige Beeinflussung schützen will (Denkschrift zum BGB. S. 292), kann dieser Gesichtspunkt bei Geisteskranken um deswillen nicht ausschlaggebend sein, weil für diese die Testierunfähigkeit nicht erst durch die Entmündigung, sondern schon durch den allerdings oft schwierig zu beweisenden Eintritt der mit Geschäftsunfähigkeit verbundenen Krankheit begründet wird. . . . ."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 8. Mai 1919. Stadtgem. E. w. D. u. Gen. (OLG. Düsseldorf). IV. 17/19.

---

141. Gegenüber der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines privatschriftlichen Testaments hat der Beklagte die Formgültigkeit zu beweisen.

Vgl. 63 Nr. 167 m. N.
BGB. § 2231 Nr. 2; ZPO. §§ 282. 256.

Die Kläger, die zu den gesetzlichen Erben der am 23. April 1916 gestorbenen M. K. gehörten, klagten gegen den Beklagten, der auf Grund eines angeblich eigenhändigen Testaments der Erblasserin vom 10. Jan. 1914 das Alleinerbrecht für sich in Anspruch nahm, auf Feststellung der Nichtigkeit des angeblichen Testaments, weil es von der Erblasserin eigenhändig weder geschrieben noch unterschrieben sei. Das Ber.-Gericht erkannte nach dem Klageantrage. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß den Beklagten, der den Klägern gegenüber auf Grund des Testaments vom 10. Jan. 1914 die Rechte eines

Alleinerben in Anspruch nehme, die Beweislast für die von den Klägern bestrittene Echtheit des Testaments treffe. Die Rüge der Revision, das Ber.-Gericht habe die Beweislast verkannt, ist unbegründet. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die den Anspruch begründenden Tatsachen, wer die Aufhebung eines Anspruchs seines Gegners geltend macht, die den Anspruch aufhebenden Tatsachen zu beweisen habe (RGEntsch. 9, 339). Verfehlt ist aber der Versuch der Revision, darzutun, daß dieser Grundsatz von dem Ber.-Gericht verletzt worden sei. Der Beklagte behauptet, die Begründung seines Rechtes als Alleinerbe auf Grund letztwilliger Anordnung der Erblasserin und Ausschließung des gesetzlichen Erbrechts der Kläger. Er muß daher die Entstehung seines behaupteten Rechtes und die behauptete Ausschließung des gesetzlichen Erbrechtes der Kläger beweisen und demnach den Nachweis für die Echtheit und Wirksamkeit des Testaments erbringen, auf das er sein Recht und die Ausschließung der Kläger von der Erbschaft vermeint stützen zu können. Die Revision glaubt sich für ihre Auffassung auf die Ansichten von Stein (ZPO. § 256 Anm. IV, 5) und von Rocholl (Busch, Ztschr. f. Z.-P. 8 S. 379) berufen zu können. An den bezeichneten Stellen ist jedoch nur gesagt, daß bei der Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde der Nachweis der Fälschung oder der Verfälschung vom Kläger zu führen sei, weil hier eine Rechtsleugnung nicht in Frage stehe. Eine Feststellung der Unechtheit der Testamentsurkunde ist aber mit der gegenwärtigen Klage nicht begehrt. Eine Unechtheit der Testamentsurkunde würde vorliegen, wenn diese Urkunde in ihrer gegenwärtigen Gestalt nicht mit dem Willen der Erblasserin, deren Erklärungen sie beurkundet, zustande gekommen wäre. Nicht darum, sondern um die materielle Gültigkeit der in dem Testament beurkundeten Erklärungen der Erblasserin dreht sich aber der Streit der Parteien. Die Kläger leugnen den vom Beklagten auf Grund des Testaments behaupteten Rechtserwerb, weil die Urkunde dem im § 2231 Nr. 2 BGB. aufgestellten Formerfordernis der eigenhändigen Niederschrift und Unterschrift durch die Erblasserin nicht entspreche. Wenn hiernach auch die äußere Beschaffenheit der Testamentsurkunde, nämlich die Frage ihrer eigenhändigen Anfertigung durch die Erblasserin, den Gegenstand des Streites bildet, so handelt es sich hierbei nicht um die Echtheit oder Unechtheit der Testamentsurkunde. Die Urkunde kann vielmehr, auch wenn sie nicht von der Erblasserin ge- und unterschrieben ist, echt sein, wenn sie nämlich mit dem Willen der Erblasserin von einer anderen Person niedergeschrieben worden ist. Nicht die Unechtheit der Testamentsurkunde, sondern der Mangel ihrer rechtserzeugenden Kraft bildet den Gegenstand der mit der Klage verlangten Feststellung und daher trifft den Beklagten, der die Rechtsstellung als Alleinerbe der Erblasserin auf Grund des Testaments in Anspruch nimmt, die Beweislast, daß die Testamentsurkunde den für die Wirksamkeit der in ihr niedergelegten Erklärungen vorausgesetzten Erforder-

nissen genügt, daß sie also von der Erblasserin eigenhändig ge- und unterschrieben worden ist."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 3. Mai 1919. S. w. K. (OLG. Cöln). IV. 309/18.

---

142. Die Verpflichtung zur unverzüglichen Untersuchung und Rüge einer gelieferten Ware wird durch ein Garantieversprechen nicht berührt.

Vgl. 60 Nr. 16.
HGB. § 377.

Der Kläger hatte von dem Beklagten 730 Pfunddosen Rindfleisch gekauft, die ihm am 24. Mai 1916 geliefert wurden. Nach dem Schlußscheine hatte der Verkäufer erklärt, daß er die Ware mit sechsmonatiger Haltbarkeitsgarantie verkaufe. Der Kläger hatte die Ware teils weiterverkauft, teils selbst in seinem Gasthof verbraucht. Als ihm von seinen Abnehmern und seiner Wirtschafterin mitgeteilt wurde, das Fleisch eines Teiles der Dosen sei verdorben, teilte er dem Vermittler R. dies am 16. Juni 1916 mit, und dieser gab noch an demselben Tage die Rüge an den Beklagten weiter. Der Kläger verlangte Rückzahlung des Kaufpreises, sei es aus dem Gesichtspunkte der Wandlung oder des Schadenersatzes. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Klaganspruch ist nach vielerlei Richtungen streitig. . . . Alle diese Zweifel können auf sich beruhen bleiben, da der Kläger die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge nicht genügend dargetan hat.

Zwar ist streitig, ob die Übernahme einer Garantie durch den Verkäufer nicht den Käufer von der Verpflichtung des § 377 HGB. befreit (Staub, HGB. (9. Aufl.) II, S. 944, § 377 A. 193; Düringer-Hachenburg (2. Aufl.) III, S. 304, § 377 A. 54; Gruchot, Beitr. Bd. 51 S. 751). Für diese Ansicht läßt sich manches anführen: übernimmt der Verkäufer die Garantie dafür, daß die Ware eine bestimmte Zeitlang nach dem Verkauf gewisse Eigenschaften behalten solle, so müssen diese Eigenschaften auch beim Verkauf vorhanden gewesen sein; der Käufer wäre also in der Lage, die Ware ohne weiteres zu genehmigen, folglich von der Untersuchung abzusehen und sich nachher auf die Garantie zu berufen. Es mag sein, daß im Einzelfall die Garantieübernahme diese Bedeutung haben kann, besonders dann, wenn die Untersuchung sogleich nach der Ablieferung erheblichen Schwierigkeiten begegnet. Im allgemeinen aber wird diese Ansicht abzulehnen sein, da sie dem grundsätzlichen Gedanken des § 377 HGB. widersprechen würde. Dieser Gedanke ist, daß der Verkäufer sobald als möglich einen etwaigen Mangel der Ware erfahren soll, um seinerseits nicht etwaige Rechte zu verlieren. Wenn aus diesem Grunde dem Käufer allgemein zur Pflicht gemacht ist, alsbald nach der Lieferung die Ware zu untersuchen, bei Vermeidung der Folge,

daß andernfalls die Ware als genehmigt gelte, so ist nicht einzusehen, weshalb dem Käufer diese Pflicht nicht auch bei der Garantieübernahme obliegen sollte, denn auch in diesem Falle hat der Verkäufer ein Interesse daran, sobald als möglich einen etwaigen Mangel zu erfahren. Das Reichsgericht hat denn auch in feststehender Rechtsprechung ausgesprochen, daß die Verpflichtung zu sofortiger Untersuchung und Mängelrüge durch das Garantieversprechen nicht berührt wird. Schon für das alte Recht ist gesagt (RGEntsch, 37, 81), daß das Garantieversprechen nicht die Bedeutung habe, daß dem Käufer die ganze Garantiefrist zur Verfolgung seiner Rechte offen bleibe, gleichviel wann der Mangel entdeckt und angezeigt sei, und dies ist RG. 65, 122 gebilligt; es ist aber ferner auch für Fälle, die dem gegenwärtigen annähernd gleichliegen, erkannt (Leipz. Zeitschr. 1907, S. 343[12]; JW. 1910, S. 117[26];), daß die Untersuchungspflicht trotz der Garantieübernahme anzuerkennen sei. Dieser ständigen Rechtsprechung ist beizutreten; es sprechen überwiegende Gründe für diese eingeschränkte Auslegung des Garantieversprechens. Im vorliegenden Falle war zwar die Untersuchung der Ware, da es sich um Fleisch in Dosen handelte, erschwert, aber keineswegs unmöglich. Es ist wiederholt anerkannt, daß der Käufer von Konserven zur Untersuchung durch Stichproben verpflichtet ist. Der Kläger hat in der Verhandlung selbst erklärt, daß es sehr wohl möglich sei, daß die Ware schon bei der Lieferung verdorben gewesen sei. Hätte also der Kläger sie sogleich nach der Lieferung untersucht, so wäre der möglicherweise und vermutlich schon damals vorhandene Mangel sogleich entdeckt worden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 13. Jan. 1919. A. B. w. G. P. Bf. V 126/18. Nö.

---

143. Haftpflicht für Reisegepäck auf der Küstenfahrt; Begriff der Annahme und der Ablieferung des Gepäcks*.

*Vgl. 51. Nr. 284.
HGB. §§ 606. 673.

Im August 1918 fuhr der Kläger auf einem Küstendampfer, dessen Eigentümer und Kapitän der Beklagte war, von Warnemünde nach dem Ostseebade Müritz. Er hatte zwei Stück Gepäck abgegeben und darüber einen Gepäckzettel erhalten, worin der Beklagte erklärt, die Gepäckstücke zur Beförderung übernommen zu haben. Der Hoteldiener, dem der Kläger den Gepäckzettel übergab, erhielt nur ein Stück ausgehändigt; ein Handkoffer blieb verschwunden. Der Beklagte behauptete, daß seine Leute ihn auf die Landungsbrücke gesetzt hätten. Der Kläger forderte von dem Beklagten Schadenersatz. Der Anspruch wurde als dem Grunde nach zu Recht bestehend anerkannt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Küstenfahrt ist ein Teil der Seefahrt (vgl. Schaps, Seerecht, S. 9 Anm. 8). Da der Dampfer des Beklagten dem Erwerbe durch die Seefahrt dient, ist er auch zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt; es kommen mithin die Bestimmungen des HGB. über das Frachtgeschäft zur Beförderung von Reisenden zur See (§§ 664 ff.) zur Anwendung. Nach § 673 Abs. 2 gelten, wenn Reisegut vom Schiffer oder einem dazu bestellten Dritten „übernommen" ist, für den Fall seines Verlustes oder seiner Beschädigung die Vorschriften der §§ 606 bis 610. Nach § 606 haftet der Verfrachter für den Schaden, der durch Verlust oder Beschädigung der Güter in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung entsteht, es sei denn, daß der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht abgewendet werden konnten. Das Vorbringen des Beklagten ist anscheinend dahin zu verstehen, daß er das Gepäck der Reisenden nicht im Sinne des Gesetzes „übernehme", obwohl er selbst davon spricht, daß eine „Übernahme an Bord" stattfinde. Übernahme (§ 673) bedeutet nichts anderes als Annahme in § 606 (vgl. Schaps a. a. O. Anm. 2 zu § 673). Eine Annahme oder Übernahme findet nicht statt in betreff des Handgepäcks, das in der unmittelbaren Nähe des Reisenden verbleibt. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten wird aber das andere Gepäck an eine besondere Stelle an Deck gesetzt. Somit übernimmt der Schiffer den Gewahrsam, es liegt eine „Übernahme" vor, auch wenn das Setzen auf eine besondere Stelle aus dem Grunde geschieht — wie der Beklagte behauptet —, weil der Reisende das Gepäck nicht mit auf seinen Platz nehmen kann. Daß eine Übernahme stattfindet, wird auch durch den Gepäckzettel bestätigt, der dem Reisenden ausgehändigt wird. In ihm ist ausdrücklich gesagt, die Gepäckstücke seien zur Beförderung übernommen. Demgegenüber ist es bedeutungslos, ob der Gepäckzettel aus steuerlichen Gründen eingeführt ist, wie der Beklagte behauptet. Da außerdem an den Gepäckstücken Nummern aufgeklebt werden, welche auch auf dem Gepäckzettel verzeichnet sind, kann die „Übernahme" nicht zweifelhaft sein. Hinzu kommt im vorliegenden Falle, daß das Gepäck des Klägers schon am Tage vor der Fahrt von dem Beklagten in Verwahrung genommen war. Auch wenn der Verwahrungsvertrag dann in einen Beförderungsvertrag umgewandelt ist, so blieb es doch bei der geschehenen Übernahme; das Gepäck ist nicht in den Gewahrsam des Klägers zurückgelangt, auch wenn es an Deck gebracht war und dort dem Sohne des Klägers gezeigt ist. Ohne Bedeutung ist, ob der Gepäckzettel im übrigen dem Gepäckschein, wie er im Eisenbahnverkehr ausgestellt wird, gleichzustellen ist.

Der Beklagte behauptet weiter, ihn treffe keine Ablieferungspflicht. Daß im allgemeinen auch im Seeverkehr eine Ablieferung des Frachtgutes stattzufinden hat, ergibt § 606 HGB. und in betreff des übernommenen Reisegepäcks die Verweisung auf diesen Paragraph in § 673 Abs. 3. Das Vorbringen des Beklagten muß dahin verstanden werden, daß unter den

Umständen, unter denen sich in seinem Betriebe der Verkehr mit dem Reisegepäck vollzieht, der gesetzliche Inhalt des Beförderungsvertrags stillschweigend dahin abgeändert werde, daß der das Gepäck nur bis an die Reeling zu liefern oder es doch nur auf die Landungsbrücke setzen zu lassen brauche, wo der Reisende auf sein Gepäck zu achten und es sofort nach der Herausschaffung aus dem Schiffe in Empfang zu nehmen habe.

Ablieferung ist nach ständiger Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts (ROHG 2, 246; 6, 273; 8, 29; 14, 293; RGEntsch. 52, 399; s. auch OLG. Hamburg in OLGRspr. 2, 186; Staub, Anm. 7 ff. zu § 429 HGB.; Schaps, Seerecht, Anm. 12 zu § 606) sowohl im Landfrachtverkehr wie im Seefrachtrecht derjenige Akt, durch den der Frachtführer (Verfrachter) nach Beendigung der Beförderung den Gewahrsam über das Frachtgut mit (ausdrücklicher oder stillschweigender) Zustimmung des Empfangsberechtigten wieder aufgibt. Ablieferung liegt also noch nicht in der einseitigen Aufgabe des Gewahrsams durch den Verfrachter. Ob es genügen würde, daß der Verfrachter den Besitz aufgibt und dies dem Empfangsberechtigten erklärt, wie das RG. in einem tatsächlich ganz anders wie der vorliegende gearteten Falle anscheinend annimmt — Entsch. 13, 169 —, oder ob es sich dort nur um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt, kann dahingestellt bleiben. Denn im vorliegenden Falle hat es an einer Erklärung der Besitzaufgabe gegenüber dem Kläger oder einem zu seiner Vertretung Berechtigten gefehlt.

Das Vorbringen des Beklagten ist somit dahin zu verstehen, daß der gesetzliche Vertragsinhalt stillschweigend dahin abgeändert werde, daß eine Ablieferung nicht in dem gewöhnlichen Sinne stattzufinden habe oder die Ablieferungspflicht dahin eingeschränkt werde, daß eine einseitige Besitzaufgabe des Verfrachters ohne dahingehende Erklärung an den Reisenden genüge. Daß derartige Vertragsänderungen möglich sind, ist zuzugeben (vgl. Rundnagel in Ehrenbergs Handbuch V, 2 S. 215). Aber im Zweifel ist doch davon auszugehen, daß die Ablieferung in dem angegebenen Sinne zu erfolgen hat (Rundnagel a. a. O.). Der Beklagte ist mithin beweispflichtig für die behauptete Abweichung von dem regelmäßigen Vertragsinhalt. Mag nun auch der Beklagte den Willen haben, den Beförderungsvertrag nur mit dem abweichenden Inhalt zu schließen, weil sich sonst für ihn — wie er anführt — besonders auf Zwischenstationen und bei hohem Seegange Schwierigkeiten bei der Ablieferung ergeben, wenn der Reisende nicht auf der Landungsbrücke zur Entgegennahme des Reisegepäcks bereit steht, so fehlt es doch an einer Erklärung dieses Willens gegenüber den Reisenden bei Abschluß des Beförderungsvertrags. Ob bei Beförderung von Reisenden, die mit den örtlichen Verhältnissen und dem regelmäßigen tatsächlichen Hergange bei der Ausschiffung, insbesondere des Gepäcks, vertraut sind, eine stillschweigende Einigung angenommen werden könnte, kann hier dahingestellt bleiben. Es

ist davon auszugehen, daß der in Sachsen wohnende Kläger ortsfremd ist, und der Beklagte hat nicht behauptet, daß er mit den örtlichen Verhältnissen an den Landungsstellen und dem gewöhnlichen Hergange bei der Ausladung des Gepäcks bekannt gewesen sei. Es kann daher von einer stillschweigenden Abänderung des gesetzlichen Vertragsinhaltes im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, den Reisenden zeinen Willen, den Beförderungsvertrag nur mit dem abweichenden Inhalt su schließen, vor oder spätestens bei Abschluß des Vertrages zur Kenntnis zu bringen.

Bleibt danach der regelmäßige Vertragsinhalt maßgebend, so ergibt sich, daß der Beklagte seiner Ablieferungspflicht noch nicht dadurch genügt hat, daß er das Gepäck auf die Landungsbrücke in M. setzen ließ. Er mußte es bis zur Übernahme des Gewahrsams durch den Kläger oder einem von diesem Beauftragten selbst beaufsichtigen oder beaufsichtigen lassen. Zu einer Ablieferung an den Kläger oder einen von diesem Beauftragten ist es nicht gekommen, der Beklagte haftet mithin nach §§ 673. 606 HGB. für den Verlust. . . . ."

Urteil des OLG. zu Rostock (2. Sen.) v. 2. April 1919 in Sachen M.(Bekl.) wider K. Mo 264/19. K—n.

---

144. Binnenschiffahrt; dingliche und persönliche Haftung des Schiffseigners; Verjährung der Ansprüche.

BinnenSchG. §§ 3. 4. 102. 103. 114. 117.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Für den durch die fehlerhafte Führung des Schleppers „Julius" dem Ladungsgut zugefügten Schaden haftete der Beklagte B. als sein Eigner, der den Dampfer selbst geführt hat, auf Grund § 3, § 4 Nr. 3 Abs. 2 BinnenSchG. mit Schiff und Fracht. Der Forderungsberechtigte hatte insoweit die Rechte eines Schiffsgläubigers — § 102 Nr. 5 — und ein Pfandrecht am Schiffe, § 103 BinnenSchG. Neben diesem allgemein als dinglicher Anspruch bezeichneten Recht, dessen Verwirklichung der Berechtigte nur auf dem Wege der Exekution in das Schiffsvermögen suchen konnte, erwuchs ihm, als die Voraussetzungen des § 114 BinnenSchG. sich erfüllten, d. h. als das Schiff vom Beklagten in Kenntnis des Schiffsgläubigerrechts auf eine neue Reise ausgesandt wurde, ein neuer Anspruch. Nunmehr wurde der Beklagte auch persönlich verpflichtet, und zwar in Höhe desjenigen Betrages, welcher sich für den Gläubiger ergeben haben würde, falls der Wert des Schiffes zur Zeit des Reiseantritts unter die Schiffsgläubiger nach der gesetzlichen Rangordnung verteilt worden wäre. Dieser auf die sog. beschränkt persönliche Haftung des Schiffseigners abgestellte Anspruch ist rein obligatorischer Natur. Er setzt zwar das Schiffsgläubigerrecht voraus, ist aber, einmal zur



Entstehung gelangt, in seinem Bestande völlig von diesem losgelöst und wiederum das Schiffsgläubigerrecht in seinem Bestande unberührt lassend, ein neuer Anspruch, der inhaltlich der weiterbestehenden dinglichen Haftung die beschränkt persönliche Haftung zusätzlich hinzutreten läßt. Beide können, wird z. B. das Schiff verkauft, verschiedene Wege gehen. Ihre innere Beziehung drückt sich darin aus, daß der Gläubiger nur einmal Befriedigung erlangen kann.

Schon diese Darlegung zeigt, daß der Ausgangspunkt der klägerischen Rechtsauffassung jedenfalls für den hier gegebenen Fall des § 114 nicht zutrifft. Es ist nicht richtig, daß der Anspruch aus der durch § 114 statuierten, beschränkt persönlichen Haftung mit dem Schiffsgläubigerrecht in dem Sinne rechtlich eine Einheit bildet, daß der durch § 114 geschaffene obligatorische Anspruch zu dem dinglichen Recht in dem Verhältnis einer durch ein Pfandrecht gesicherten Forderung stehe. Der Anspruch aus § 114 ist vielmehr rein obligatorischer Art, und daneben besteht die Haftung mit Schiff und Fracht und das auf ihr fußende Schiffsgläubigerrecht fort. Und wie sie sich in ihrem Ziele unterscheiden, so sind auch die anspruchbegründenden Tatsachen nicht die gleichen; bei dem Anspruch aus § 114 muß die Tatsache des Hinaussendens auf neue Reisen hinzukommen, so daß in Wahrheit zwei voneinander unabhängige Ansprüche dem Geschädigten gegeben sind, mögen sie auch ihre Entstehung aus einem Schuldverhältnis ableiten. Die Annahme, daß der persönliche Anspruch aus § 114 ein durch Pfandrecht, nämlich das Schiffsgläubigerrecht, gesicherter sei, ist auch aus dem Grunde abzulehnen, weil ja gerade nach dem dem § 114 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken der durch ihn geschaffene persönliche Anspruch dem Schiffsgläubiger ein Äquivalent für die durch die Maßnahme des Pfandschuldners eingetretene Gefährung des Pfandobjekts bieten soll. Wie daher beide Ansprüche nebeneinander bestehen, so können sie auch unabhängig voneinander geltend gemacht werden, was gerade für die im streitigen Falle bedeutungsvolle Frage der Verjährung von Wichtigkeit ist. Daß aber mit der Klage die beschränkt persönliche Haftung hat geltend gemacht werden sollen und nur diese und nicht etwa auch zugleich das Schiffsgläubigerrecht, kann begründetem Zweifel nicht unterliegen. Es ergibt sich dies nicht allein daraus, daß auf Zahlung geklagt ist. Die Fassung des Klagantrags wird nicht immer zweifelsfrei dartun, ob die persönliche oder dingliche Klage angestrengt ist. Daß aber hier das Zahlungsbegehren lediglich auf den obligatorischen Anspruch sich gründete, dafür liegen eine Reihe zwingender Umstände vor, trotzdem dies in der Klage in bezug auf den Beklagten B. nicht ausdrücklich gesagt ist, auch der § 114 nicht erwähnt ist. Schon die Tatsache, daß gegen den Kahneigner — in bezug auf diesen ausdrücklich — nur die persönliche Haftung geltend gemacht ist, deutet darauf hin, daß auch gegen den Eigner des Schleppers in gleicher Weise nur der persönliche Anspruch hat verfolgt werden sollen. (Wird weiter ausge-

führt.) . . . Nach alledem können die Klägerinnen nicht damit gehört werden, daß durch die Klagerhebung auch der dingliche Anspruch rechtshängig und folgeweise gemäß § 209 die Verjährung auch in bezug auf ihn unterbrochen worden sei, und daß mithin auch von einer Nachschiebung eines neuen Anspruchs im Verfahren über die Höhe nicht gesprochen werden könne, und es erhellt, daß die nachträgliche Geltendmachung des dinglichen Rechts schon dann versagen müßte, wenn dieses zur Zeit der Geltendmachung bereits verjährt war. Das aber ist der Fall. Der Antrag, den Beklagten zur Duldung der Zw.-Vollstreckung in den Dampfer „Julius" zu verurteilen, ist in der Verhandlung vom 4. Juli 1918 gestellt worden. Zu diesem Zeitpunkt war aber der dingliche Anspruch gemäß § 117 Ziff. 7 schon verjährt. Es ergibt sich als unabweisbare Konsequenz dessen, was oben über die Selbständigkeit des sich auf § 114 gründenden obligatorischen Anspruchs und des dinglichen Rechts, dem dieser Anspruch hinzutritt, ausgeführt ist, daß beide Ansprüche auch in bezug auf die Verjährung ihr eigenes Schicksal leben, und daß daher die Formel, auf welche die Klägerinnen die Auslegung des § 117 zurückführen zu können vermeinen, nämlich, daß dieser nur eine Verjährung der obligatorischen Ansprüche ausspreche, die auch die Verjährung des dinglichen Rechts nach sich ziehe, jedenfalls für den hier gegebenen Fall des § 114 abzulehnen ist. Solches Ergebnis ist auch mit einer dem Wortlaut und dem Zweck gerecht werdenden Auslegung des § 117 durchaus vereinbar. Seine Wortfassung läßt weder den Schluß zu, daß er nur die persönlichen Ansprüche hat treffen wollen, noch nötigt er zu der Annahme, daß er ausschließlich Schiffsgläubigerrechte im Auge hat. Vielmehr ist mit Mittelstein, Lehrbuch S. 424, anzunehmen, daß alle Forderungen der in den Ziffern 1 bis 7 bezeichneten Art von der einjährigen Verjährung haben erfaßt werden sollen, einerlei ob sie dinglicher oder persönlicher Natur sind. Daß aber eine Wechselwirkung der Verjährung zwischen dinglichem und persönlichem Anspruch gewollt sei, darüber sagt das Gesetz nichts. Die Tatsache jedoch, daß es im BSchG. an einer dem § 902 HGB., nach dem die Verjährung des dinglichen Rechts als Begleitwirkung auch diejenige des persönlichen Anspruchs nach sich zieht, gleichlautenden Bestimmung fehlt, zwingt zu der Folgerung, daß solche Wechselwirkung für das Rechtsgebiet des BSchG. nicht besteht, so daß also hier die Verjährung des dinglichen nicht die des persönlichen Rechts zur Folge hat, sowie daß die Unterbrechung der Verjährung anders als im Seerecht — vgl. Schaps § 902 Anm. 2 — nur zugunsten desjenigen Anspruchs eintritt, der rechtshängig geworden ist. Überdies ist auch für das Seerecht anerkannt, daß die Verjährung des dinglichen Rechts den rechtshängig gewordenen persönlichen Anspruch nicht mitergreift — vgl. RG. 36, S. 119 —, woraus sich ergibt, daß auch im Seerecht — wie im Streitfalle — der Fall eintreten kann, daß das dingliche Recht verjährte, ohne daß die durch Klagerhebung eingetretene Unterbrechung der Verjährung des persönlichen Anspruchs die Verjährung

des dinglichen Rechts aufhielt. Ist aber, wie dargelegt, nur der persönliche Anspruch rechtshängig geworden, so ist auch nur in bezug auf ihn die Verjährung unterbrochen worden, und das von den Klägerinnen erst nach Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemachte dringliche Recht ist verjährt. . . ."

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 17. März 1919. Vaterl. u. Rhenania u. Gen. w. E. K. u. Gen. Bf V 199/18. Nö.

---

145. Haftung für Kollisionsschaden bei mehr als zwei beteiligten Schiffen.

Vgl. 41 Nr. 130.

HGB. §§ 735. 738. BGB. § 840.

Im März 1914 ist auf der Elbe ein von dem Dampfer „Henny" geschleppter Kahn mit einer Barkasse der Klägerin zusammengestoßen. Gegenüber der von dieser erhobenen Schadensklage hat die Rhederei des Dampfers „Henny" u. a. geltend gemacht, der Schaden sei durch schuldhaft fehlerhaftes Manövrieren des im Eigentum des Nebenintervenienten stehenden Dampfers „Norderelbe" verursacht worden, der den Bug des Schleppers „Henny" unzulässig gekreuzt und sie dadurch zum Auftoppen gezwungen habe, wodurch der Schleppkahn gegen die Barkasse der Klägerin geschlagen sei.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„. . . Es muß nach dem Beweisergebnis angenommen werden, daß der Führer der „Henny" nicht die angesichts seines gefährlichen Manövers gemäß § 29 Seestraßenordnung erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat. Hätte sie die „Norderelbe" zeitig gewarnt, so wäre diese in der Elbe geblieben, „Henny" hätte ungestört ihre Drehung vollendet und die Kollision wäre nach dem natürlichen Verlauf der Dinge vermieden; der Verstoß gegen die Regeln nautischer Vorsicht ist also kausal gewesen für den Schaden am Merkur.

Ob auch die „Norderelbe" ein Verschulden trifft, braucht nicht erörtert zu werden, da das alles nur ein mitwirkendes Verschulden des Führers der „Norderelbe" ergeben, das Verschulden des Führers der „Henny" aber nicht aufheben würde (ROHG. 4 S. 126). Auf ein mitwirkendes Verschulden der „Norderelbe" kommt es aber nicht an; denn das durch eine Kollision, an der seine Besatzung nicht schuldig ist, beschädigte Schiff kann auch nach den auf dem Brüsseler Übereinkommen beruhenden Vorschriften §§ 734—738 HGB. in der Fassung vom 7. Jan. 1913 von jedem von mehreren schuldigen Schiffen Ersatz des vollen Schadens verlangen, sie mögen mit ihm unmittelbar zusammengestoßen sein oder den unmittelbaren Zusammenstoß durch falsche Manöver nur mittelbar verursacht haben. Die neuen Vorschriften erwähnen die Beteiligung von mehr als zwei Schiffen an einem Zusammenstoß zwar nicht ausdrücklich wie § 739 HGB. alter Fassung; sie sind aber nach Wortlaut

und Sinn ohne weiteres auf solche Fälle anwendbar (Mittelstein, Hans. R. Z. 1918, Beiheft 2, II, 8). Sie gelten dann auch nach § 738 HGB. für den Fall, daß von den Schiffen das eine unmittelbar zusammengestoßen ist, das andere den Zusammenstoß nur mittelbar verursacht hat.

Für die „Norderelbe" kommt nur in Frage, ob sie durch ein falsches Manöver die unmittelbare Kollision des Kahns Lindemann mit dem Merkur verschuldet hat. Das würde unter §§ 735. 738 HGB. fallen, nicht unter § 736 HGB., da diese Vorschrift und ihre entsprechende Anwendung nach § 738 HGB. (Mittelstein, l. c. IV) ein Mitverschulden der Besatzung des beschädigten Schiffs zur Voraussetzung hat. §§ 735. 738 HGB. sprechen aber für die durch unmittelbare oder mittelbare Kollision verschuldete Beschädigung eines nicht schuldigen Schiffs die Haftung der schuldigen Schiffe aus. Welcher Art die Haftung mehrerer schuldiger Schiffe ist, hat das Brüsseler Übereinkommen dem Landesrecht überlassen. Nach § 840[1] BGB. würden im Fall einer Mitschuld der „Norderelbe" die Beklagte und der Nebenintervenient solidarisch haften. Für die Haftung der Beklagten gegenüber der Klägerin kommt es also auf eine Mitschuld der „Norderelbe" nicht an. Ob für das Verhältnis der „Henny" zur Norderelbe auf Grund §§ 736. 738 HGB. eine Teilung des Schadens zu erfolgen hat, ist hier nicht zu entscheiden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 17. Febr. 1919. Deutsch-Österr. Dampfschiff.-A.-G. w. F. Bf. I. 226/18. B.

II. Verfahren.

146. Das Kostenurteil, das über die Kosten eines teils durch Anerkenntnis, teils in anderer Weise erledigten Rechtsstreits einheitlich entscheidet, ist nicht mit der Berufung anfechtbar.

Vgl. 63 Nr. 97.

ZPO. § 99.

Die Klägerin hatte auf Zahlung von 3118,43 ℳ nebst Zinsen Klage erhoben. Nach der Klagezustellung zahlte der Beklagte den Kaufpreis mit 3118,43 ℳ, den Zinsenanspruch erkannte er an. Der Beklagte wurde durch Anerkenntnis-Urteil des Landgerichts zur Zahlung der Zinsen verurteilt. Die Kosten des Rechtsstreits aber wurden der Klägerin auferlegt. Die gegen die Kostenentscheidung eingelegte Berufung der Klägerin wurde als unzulässig verworfen. Die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht ist von der Erwägung ausgegangen, das Landgericht habe über die gesamten Kosten des teils durch Anerkenntnis, teils in anderer Weise erledigten Rechtsstreits einheitlich entschieden, ohne die früheren Kosten erkennbar zu machen, welche auf den durch das Anerkenntnis erledigten Teil des Hauptanspruchs entfallen. Nach § 99 Abs. 2 ZPO. könne die Entschei-

dung über den Kostenpunkt allerdings mit der Berufung angefochten werden, wenn die Hauptsache durch eine auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung erledigt ist. Da es jedoch dem mit der Berufung angefochtenen Urteil des Landgerichts an der nötigen Bestimmtheit fehle, welcher Bruchteil der Kosten auf den durch das Anerkenntnis erledigten Teil des Hauptanspruches falle, so sei die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Die Entscheidung steht mit der darin bezogenen ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklange (vgl. RGEntsch. 71, 416; 59, 332 und 431 (V. Sen.); 55, 395 (II. Sen.). Diese Rechtsprechung wird auch von der Revisionsklägerin grundsätzlich nicht bekämpft, im vorliegenden Falle jedoch um deswillen nicht für zutreffend erachtet, weil im Unterschiede von den früher vom Reichsgericht entschiedenen Fällen die Zahlung dem Anerkenntnisse vorausgegangen und demgemäß die noch übriggebliebene Hauptsache d. h. der Zinsenanspruch durch Anerkenntnis erledigt worden sei. Diese Unterscheidung ist indessen von keiner rechtlichen Erheblichkeit.

Von der Regel des § 99 Abs. 1 ZPO., wonach die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein — zulässiges — Rechtsmittel eingelegt ist, hat die Novelle vom 17. Mai 1898 zwei Ausnahmen gemacht. Die eine, in § 99 Abs. 2, läßt die selbständige Anfechtung über den Kostenpunkt zu, wenn die Hauptsache durch eine auf Grund eines Anerkenntnisses ausgesprochene Verurteilung erledigt ist. Nach der anderen (§ 99 Abs. 3) findet, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergangen ist, gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt sofortige Beschwerde statt. Gemäß § 99 Abs. 2 war somit die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil nur insoweit zulässig, als sie die Entscheidung über die durch das Anerkenntnis des Zinsenanspruches entstandenen Kosten betraf, während die Entscheidung über diejenigen Kosten, welche durch den ohne Entscheidung über den Kaufpreisanspruch erledigten Teil des Rechtstreits nur mit der Beschwerde angreifbar war. Das Landgericht hat jedoch über die gesamten Kosten des Rechtsstreits einheitlich und ohne Unterschied zwischen den durch das Anerkenntnis des Zinsenanspruchs erwachsenen Kosten und den übrigen Kosten entschieden. Mangels der erforderlichen Begrenzung und Bestimmbarkeit derjenigen Kosten, welche das Anerkenntnis betreffen, fehlt es an der notwendigen Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 99 Abs. 2 ZPO. und damit für die Zulässigkeit der Berufung, zumal da von der in der Ber.-Instanz ergehenden Entscheidung über die das Anerkenntnis betreffenden Kosten die nur im Beschwerdewege angreifbare Entscheidung über die übrigen Kosten mitbetroffen werden würde."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 1. April 1919. M. u. Söhne w. S. (OLG. Breslau). II. 48/15.



147. Zulässigkeit der Vernehmung einer Partei durch den ersuchten Richter?

Vgl. 64 Nr. 115 m. N.
ZPO. § 141; GVG. §§ 157 ff.

In einem bei dem Amtsgericht Breslau anhängigen Rechtsstreit beschloß das Prozeßgericht, dem Beklagten den von der Klägerin vorgelegten Warenbestellschein durch das für seinen Wohnort zuständige Amtsgericht Neustadt a. Hdt. zur Anerkennung seiner Unterschrift und zur Erklärung vorlegen zu lassen. Das daraufhin an das Amtsgericht N. gerichtete Ersuchen wurde von diesem abgelehnt, weil die Vernehmung einer Partei durch einen ersuchten Richter unzulässig sei. Das OLG. Zweibrücken wies das Amtsgericht N. an, dem Ersuchen stattzugeben. Aus den Gründen:

„Die Frage, ob die Vernehmung einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses nach § 141 ZPO. auch durch den ersuchten Richter stattfinden dürfe, ist bestritten. Sie wird verneint durch den Beschluß des RG. JW. 09, 21, und dieser Ansicht schließen sich die Ausleger der ZPO. nahezu einstimmig an, so Gaupp-Stein, Petersen, Seuffert, Skonietzki, Förster-Kann. Die bejahende Ansicht wird vertreten von Puchelt in der DJZ. 1914, 854 und der Leipz. Zeitschr. 1914, 1512.

Das Gericht schließt sich der Anschauung an, daß die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei auch vor einem ersuchten Richter zulässig sei, und zwar aus folgenden Gründen:

Der § 141 ZPO. verleiht ganz allgemein dem Gerichte die Befugnis, diese Maßregel zur Aufklärung des Sachverhältnisses anzuordnen; über die Art der Ausführung des Beschlusses ist nichts bestimmt. Wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, bezweckt die Anordnung in gleicher Weise wie die auf Antrag der Parteien angeordnete Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und wie jede andere Beweisaufnahme eine Klärung des streitigen Sachverhalts. Sie ist ihrem Wesen nach nichts anderes als eine von Amtswegen angeordnete Beweisaufnahme. Daher kann sie auch nach den allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufnahme in §§ 355 ff. ZPO. erledigt werden, falls nicht besondere, aus dem Wortlaute oder Geiste der ZPO. geschöpfte Gründe trotz des Fehlens eines ausdrücklichen Verbotes es unangängig erscheinen lassen. Stichhaltige Gründe dieser Art sind aber nach Ansicht des Gerichts nicht vorhanden.

Man wendet zunächst ein, aus der Stellung des § 141 im Abschnitte „Mündliche Verhandlung" ergebe sich, daß die Vernehmung ein Teil der mündlichen Verhandlung sei und daher nur in ihr vorgenommen werden könne. Dieser Einwand legt einem formellen Umstande mit Unrecht eine so große materielle Bedeutung bei. Im Titel „Mündliche Verhandlung" sind eine Reihe von Vorschriften zusammengefaßt, die sowohl die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung wie ihren Verlauf selbst berühren und die sich

zu einem erheblichen Teile außerhalb der mündlichen Verhandlung abspielen. Im Amtsgerichtsprozeß, der hier in Frage steht, kann überdies sogar eine Anordnung nach § 141 ZPO. außerhalb der mündlichen Verhandlung erfolgen (§ 501 Nr. 5 ZPO.). Diesem Gesichtspunkte kann daher eine entscheidende Bedeutung nicht beigemessen werden.

Auch der Hinweis, daß die Parteien zum Zwecke der Verhandlung grundsätzlich und ohne jede Rücksicht auf ihren Wohnort vor dem Prozeßgerichte persönlich oder durch ihren Vertreter erscheinen müssen, kann nicht durchschlagen. Dieser Pflicht haben auch hier beide Parteien genügt. Das Erscheinen des Beklagten wurde nicht angeordnet, um eine Verhandlung zu ermöglichen, sondern es handelt sich, wie stets, nur darum, von einer Partei zur Aufklärung des Sachverhalts weitere Auskunft zu erhalten, also, wie schon betont, um eine besondere Art der Beweisaufnahme. Diese hat nur grundsätzlich vor dem Prozeßgerichte zu erfolgen, darf aber aus besonderen Gründen in die Hand des ersuchten Richters gelegt werden.

Auch der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 141 greift nicht durch. Wohl ist richtig, daß in der Kommission ein Antrag abgelehnt wurde, der aussprechen wollte, daß die Vernehmung der Partei zu dem fraglichen Zwecke auch vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden könne. Allein die Gründe seiner Ablehnung sind nicht bekannt, und es geht nicht an, ohne weiteres daraus zu schließen, daß der Gesetzgeber die Parteivernehmung vor ersuchtem Richter nicht zulassen wollte. Die Möglichkeit, daß man eine solche Vernehmung als ohnehin gesetzlich statthaft und daher den gestellten Zusatzantrag für überflüssig gehalten habe, liegt eher näher als die gegenteilige Annahme. Jedenfalls muß aber der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte als Beweisstück mangels einer sicheren Unterlage ausscheiden.

Das Schwergewicht legt nun die gegenteilige Ansicht darauf, daß aus der ausdrücklichen Zulassung des persönlichen Erscheinens der Parteien vor einem ersuchten Richter in den §§ 619 u. 296 der ZPO. schon vermöge des „Beweisgrundes aus dem Gegensatze" erhelle, daß das Gesetz nur aus besonderen, in beiden Fällen gegebenen Gründen diese Maßnahme gestatten wolle. Der „Beweisgrund aus dem Gegensatze" kann nur mit besonderer Behutsamkeit angewendet werden, da ihm der „Schluß der Analogie" entgegensteht; er wird nur dann zu benutzen sein, wenn sich zugleich ein einleuchtender Grund für die Verschiedenheit zwischen dem Satze und dem Gegensatze nachweisen läßt. Dies trifft aber hier nicht zu.

Wenn das Gesetz in § 296 einem ersuchten Richter die Befugnis einräumt, den ganzen Rechtsstreit durch persönliches Verhandeln mit den Parteien zum Abschluß zu bringen, und wenn in § 619 sogar in dem mit besonderen gesetzlichen Garantien umkleideten, auch von öffentlichen Interessen beherrschten Eheprozesse die Vernehmung der Streitteile durch einen ersuchten Richter gestattet wird, so geht doch daraus hervor, daß das Gesetz dem ersuchten

Richter ein weitgehendes Vertrauen schenkt. Es geht aber nicht an, aus diesen beiden Bestimmungen den Schluß zu ziehen, daß das Gesetz in anderen minder wichtigen Fällen den ersuchten Richter ausschließen will. Im Gegenteil liegt die Schlußfolgerung viel näher, daß der ersuchte Richter, der so wichtige Handlungen vornehmen darf, erst recht ermächtigt sein soll, in weniger bedeutenden Prozeßhandlungen an die Stelle des Prozeßgerichts zu treten. Wo aber die Umstände einer analogen Anwendung einer Rechtsvorschrift das Wort reden, kann von dem Beweisgrunde aus dem Gegenteile kein Gebrauch gemacht werden. Es wäre auch auffallend, wenn die Prozeßordnung von dem Grundsatze eines Verbotes der Vernehmung der Parteien durch den ersuchten Richter beherrscht werden sollte und nirgends, weder im Wortlaute noch in den Motiven, dieses Grundsatzes Erwähnung geschehen wäre.

Überdies hat aber in der Tat der ersuchte Richter das Recht, bei der Vornahme von Handlungen, zu denen ihn das Gesetz ausdrücklich ermächtigt, die Parteien zu vernehmen. In ungemein häufigen Fällen wird die Beweisaufnahme oder die Eidesabnahme nach § 362. 479 ZPO. dem ersuchten Richter übertragen, die Parteien erscheinen sehr oft persönlich im Beweisaufnahmetermin, und der Richter darf und muß sie hierbei befragen und vernehmen, um den Sachverhalt aufzuklären. Im Termin zur Abnahme des Eides ist eine Befragung der Partei über das Sachverhältnis geradezu unumgänglich notwendig. Nach § 78 Abs. 2 ZPO. ist die Partei sogar ermächtigt, alle Prozeßhandlungen vor dem ersuchten Richter persönlich vorzunehmen.

Es ist daher nicht einzusehen, warum der ersuchte Richter die Partei nicht auch lediglich zum Zwecke der Aufklärung des Sachverhältnisses sollte vernehmen dürfen."

Beschluß des OLG. zu Zweibrücken (1. Sen.) v. 6. Mai 1919. B. u. F. w. L. (Amtsgericht Breslau). B. R. 28/19. Be—.

---

148. Unverschuldete Unkenntnis der Urteilsgründe während der Berufungsfrist als unabwendbarer Zufall i. S. des § 233 ZPO.

Vgl. 66 Nr. 147; 71 Nr. 196 m. N.

ZPO. § 233.

Der Vormund des minderjährigen Friedrich Rudolf L. suchte beim Landgericht M. das Armenrecht nach zwecks Einlegung der Berufung gegen das seine Klage auf Anerkennung der Vaterschaft und Unterhaltsgewährung abweisende Urteil des Amtsgerichts in F. Das Gesuch wurde abgelehnt, weil der Antragsteller infolge einer als unabwendbarer Zufall nicht zu erachtenden Gesetzesunkenntnis die Berufungsfrist versäumt habe. Der Beschwerde wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Beschwerdebeschlusses:

„Allerdings hat die Klagepartei die Berufungsfrist versäumt. Die eigentliche Ursache hierfür ist aber keineswegs in der von ihrem gesetzlichen Vertreter

geltend gemachten Gesetzesunkenntnis zu finden. Denn ungeachtet dieser angeblichen Gesetzesunkenntnis hat sich der Vormund, welchem Ende Februar 1919 lediglich der Tenor des amtsgerichtlichen Urteils zugestellt wurde und welcher deshalb über die für eine weitere Rechtsverfolgung maßgebende Prozeßlage völlig im unklaren war, bereits anfangs März mit der ihm erteilten Urteilsausfertigung bei dem Vormundschaftsgericht in L. eingefunden, wo ihm von dem gleichfalls über die Sachlage in begründetem Zweifel befindlichen Vormundschaftsrichter eröffnet wurde, daß „ohne Kenntnis der Urteilsgründe zunächst nichts geschehen könne," und daß die Prozeßakten erst vom Amtsgerichte erholt werden müßten. Mitte März begab sich der Vormund neuerdings zu dem Vormundschaftsrichter, welcher ihm mitteilte, daß die benötigten Akten noch nicht da seien. Beide Male ist eine Belehrung des Vormundes über Frist und Form der Berufung nicht erfolgt. Tatsächlich sind die Prozeßakten des Amtsgerichts F. erst am 13. April 1919 bei dem Vormundschaftsgericht eingetroffen, nachdem der Vormund dortselbst am 4. April zum dritten Male umsonst erschienen war.

Aus diesen Feststellungen geht hervor, nicht nur, daß der Vormund als Prozeßbevollmächtigter durch seine Gänge zum Vormundschaftsgerichte anfangs und Mitte März 1919 rechtzeitig in durchaus zweckentsprechender Weise tätig geworden, durch die ihm das erstemal von dem Vormundschaftsrichter erteilte Auskunft aber von darüber hinausgehenden weiteren Schritten geradezu abgehalten worden ist, sondern auch, daß, wenn die Prozeßakten rechtzeitig eingetroffen wären, angesichts der Urteilsbegründung von dem Vormunde sicherlich nach neuerlicher Rücksprache mit dem Vormundschaftsrichter früh genug um das Armenrecht für die zweite Instanz nachgesucht nnd nach dessen mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmenden Bewilligung seitens des dem Klageteil beigeordneten Rechtsanwalts rechtzeitig Berufung eingelegt worden wäre. Es ist sohin nur durch eine Reihe außergewöhnlicher Umstände dazu gekommen, daß die Klagepartei die Berufungsfrist versäumt hat. Bei dieser besonderen Sachlage aber darf die Versäumung als auf unabwendbarem Zufall beruhend angesehen werden. (Entsch. d. RG. v. 19. Nov. 1910 in SeuffA. Bd. 66 Nr. 147.)"

Beschluß des OLG. zu Augsburg (1. Sen.) v. 1. Juli 1919. L. w. B. Beschw.-Reg. 57/19 I. U.

---

149. Keine Versagung der Wiedereinsetzung, weil die arme Partei unterlassen hat, vor der Entscheidung über ihr Armenrechtsgesuch die Berufung einlegen zu lassen.

ZPO. §§ 233. 114.

Der Beklagten wurde das auf die Eheanfechtungsklage ihres Ehemannes ergangene erstinstanzliche Urteil am 22. April 1918 zugestellt. Sie legte, nachdem ihr Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Ber.-Instanz

durch den ihr am 9. Juni 1918 zugestellten Beschluß vom 31. Mai 1918 abgelehnt war, am 11. Juni 1918 durch einen von ihr selbst bestellten Prozeßbevollmächtigten Berufung ein mit dem Antrage um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist. Die Berufung wurde als unzulässig verworfen. Das Reichsgericht gab dem Wiedereinsetzungsantrage statt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Dem von der Beklagten dem Ber.-Gericht am 13. Mai 1918 eingereichten Armenrechtsgesuch vom 11. Mai 1918 war Ausfertigung des erstinstanzlichen Urteils vom 13. März 1918 nebst Zustellungsbescheinigung vom 22. April 1918 sowie Armutszeugnis vom 7. Mai 1918 beigefügt. Es entsprach also das Armenrechtsgesuch, das auch mit sachlicher Begründung versehen war, den gesetzlichen Erfordernissen und war ferner aus der Zustellungsbescheinigung zu ersehen, daß die Berufungsfrist am 22. Mai 1918 ablief. Die Zwischenzeit von neun Tagen war aber, wie anzunehmen ist, bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang dazu ausreichend, daß das Ber.-Gericht, selbst wenn es trotz der eingereichten Ausfertigung des erstinstanzlichen Urteils noch die Einholung der erstinstanzlichen Prozeßakten zur sachlichen Prüfung des Gesuchs für erforderlich hielt, unter der dann mit Rücksicht auf den aus der Zustellungsbescheinigung ersichtlichen Ablauf der Berufungsfrist besonders nötigen Beschleunigung der Gesuchserledigung die Entscheidung über das Gesuch erließ und Beschlußausfertigung der Beklagten zugestellt wurde so zeitig vor Ablauf der Berufungsfrist, daß, auch wenn das Armenrecht verweigert worden wäre, für die Beklagte äußerstenfalls die Möglichkeit bestanden hätte, durch einen von ihr selbst als Prozeßbevollmächtigten bestellten Anwalt rechtzeitig Berufung einzulegen. Daß dies nicht geschah, sondern erst nach Ablauf der Berufungsfrist vom Ber.-Gericht über das Gesuch entschieden und der Beschluß der Beklagten zugestellt wurde, war für diese ein unabwendbarer Zufall (RGEntsch. 70, 123; Gruchot 55, 122). Allerdings wäre die Frist gewahrt worden, wenn die Beklagte ohne Rücksicht auf Erfolg oder Nichterfolg ihres Armenrechtsgesuchs, als ihr eine Entscheidung des Ber.-Gerichts darüber vor Ablauf der Berufungsfrist nicht zuging, für alle Fälle noch bis zum 22. Mai 1918 die Einlegung der Berufung durch einen von ihr selbst als Prozeßbevollmächtigten bestellten, bei dem Ber.-Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt veranlaßt hätte. Das Ber.-Gericht wird aber, indem es deswegen, weil die Beklagte dies nicht getan hat, einen unabwendbaren Zufall verneint, der Bedeutung des Armenrechts, des Gesuchs um seine Bewilligung und des seiner Erledigung dienenden Verfahrens nicht gerecht. Das Gesuch hat gerade den Zweck, der Partei für den Fall seiner Gewährung die Beseitigung des Hindernisses für die Verfolgung oder Verteidigung ihrer Rechte zu ermöglichen, das in ihrer Vermögenslage enthalten ist, die es ihr nicht gestattet, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhaltes die Kosten des Prozesses zu bestreiten. Sie soll dadurch für jenen Fall min-

destens der Schwierigkeiten wegen Aufbringung der Mittel für die weitere Verfolgung oder Verteidigung ihrer Rechte, insbesondere auch für die Einlegung des gegebenen Rechtsmittels gegen ein ihr ungünstiges Urteil, überhoben, und ihr doch für den anderen Fall, daß ihr das Armenrecht versagt wird, weil das Gericht bei der vorläufigen Prüfung der Sache die weitere Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung für aussichtslos erachtet, die Möglichkeit gelassen werden, nach Ablehnung ihres Gesuchs mit äußerster Anstrengung selbst noch das Erforderliche zur Wahrung ihrer Rechte vorzukehren, insbesondere selbst für die Einlegung des gegebenen Rechtsmittels Sorge zu tragen (RGEntsch. 70, 124). Wenn die Partei nach Versagung des Armenrechts doch noch durch einen von ihr selbst als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht hat, so beweist dies nur, daß es der Partei noch gelungen ist, einen bei dem Rechtsmittelgerichte zugelassenen Rechtsanwalt zu bestimmen, das Rechtsmittel für sie einzulegen, sei es, daß sie unter Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts aus eigenen Mitteln oder durch Erlangung eines Darlehns oder auf andere Weise den dem Anwalte zustehenden Vorschuß aufgebracht hat, oder daß der Anwalt sich hat bereit finden lassen, das Rechtsmittel ohne den Vorschuß einzulegen. Dagegen läßt jene Tatsache nicht ohne weiteres einen Schluß darauf zu, daß auch früher schon die Partei in der Lage war, ohne daß ihr das Armenrecht bewilligt wäre, das Rechtsmittel einzulegen. Deshalb ist davon auszugehen, daß bis zur Bekanntmachung der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch für die wirklich arme Partei ein objektives Hindernis für die Verfolgung oder Verteidigung ihrer Rechte, insbesondere für die Einlegung des erforderlichen Rechtsmittels, besteht und daß dieses Hindernis erst entweder durch die Bewilligung des Armenrechts oder im Falle seiner Verweigerung durch die trotzdem noch und gegebenenfalls gerade deswegen noch erlangte Hülfe beseitigt wird (RGEntsch. 70, 125). Von der armen Partei ist deshalb nur zu erfordern, daß sie innerhalb angemessener Frist sich selbst zunächst darüber schlüssig macht, ob sie überhaupt von dem Rechtsmittel Gebrauch machen will, und daß sie demgemäß so rechtzeitig die Bewilligung des Armenrechts nachsucht, daß bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Beschlußfassung über das Gesuch und die Zustellung des Beschlusses derart vor Ablauf der Frist erfolgen kann, daß eine zur Einlegung des Rechtsmittels durch die Partei erforderliche Zeit noch freibleibt (RGEntsch. 70, 126). Diesen Anforderungen ist aber nach obigen Ausführungen vorliegend genügt."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 26. März 1919. S. w. S. (OLG. Naumburg). V. 35/19.

---

150. Die Möglichkeit der Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage schließt regelmäßig die Zulässigkeit der Erhebung einer selbständigen Feststellungsklage nicht aus.

ZPO. §§ 256. 280.

Der Kläger klagte auf Grund von Grundstückskauf- und Abbaurechtsverträgen auf Zahlung von 2000 *M*. Der Beklagte stellte auf Grund derselben Verträge eine Schadenersatzforderung von 2000 *M* zur Aufrechnung. Daraufhin erhob der Kläger eine weitere Klage auf die Feststellung, daß dem Beklagten aus den näher bezeichneten Verträgen oder anläßlich derselben keinerlei Ansprüche auf Schadenersatz erwachsen seien. Zur Begründung dieser Klage wurde geltend gemacht, daß der Beklagte grundlos fortgesetzt behaupte, zum Abschlusse jener Verträge durch arglistige Täuschung und Betrug vom Kläger bestimmt und durch die genannten Rechtsgeschäfte in Höhe von 30000 *M* geschädigt worden zu sein, wovon 6000 *M* klageweise beansprucht werden würden. Der Beklagte wendete dieser Klage gegenüber ein, daß es dem Kläger an dem erforderlichen Interesse an dem Feststellungsbegehren fehle. Seinem Antrage gemäß wies das Landgericht die Klage als unzulässig ab. Die Berufung wurde zurückgewiesen, die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht gesteht dem Kläger zwar zu, daß er das gemäß § 256 ZPO. erforderliche Interesse an seinem Feststellungsbegehren an und für sich hat, da der Beklagte sich namentlich durch seinen Brief vom 11. Sept. 1916 eines Schadenersatzanspruchs aus Anlaß der Verträge vom 17. April 1916 in Höhe von 33000 *M* berühmt und in diesem Briefe auch ein zivil- sowie strafrechtliches Vergehen angedroht habe. Die jetzt erhobene Feststellungsklage erachtet das Ber.-Gericht jedoch deshalb für unzulässig, weil der Kläger die Möglichkeit habe, sein jetziges Feststellungsbegehren in dem noch anhängigen Rechtsstreite geltend zu machen, in dem der Kläger seine Kaufpreisforderung von angeblich 2000 *M* eingeklagt und der Beklagte von seiner angeblichen Schadenersatzforderung den Betrag von 2000 *M* zur Aufrechnung gestellt habe. Diesen Entscheidungsgrund beanstandet aber die Revision mit Recht.

Zuzugeben ist dem Ber.-Gericht, daß der Kläger berechtigt gewesen wäre, oder noch zurzeit berechtigt sein würde, in dem noch beim Landgericht anhängigen Vorprozesse mittels einer Klageerweiterung gemäß § 280 ZPO. die nämliche Feststellung zu begehren, um die es sich im gegenwärtigen Falle handelt, also die, daß dem Beklagten eine Schadenersatzforderung zu keinem Betrage zustehe; der Umstand, daß der Beklagte im Vorprozesse von seiner gesamten angeblichen Schadenersatzforderung nur den Teilbetrag der Klageforderung entgegengesetzt hat, würde eine derartige Klageerweiterung allerdings nicht hindern (RGEntsch. 9, 337; 29, 361; JW. 1893, 306[5]). Indes der § 280 ZPO. gibt dem Kläger nur ein Recht zum Gebrauche des bezeich-

neten Rechtsbehelfs, und daß er von ihm nicht Gebrauch gemacht hat oder nicht Gebrauch machen will, kann daher keinesfalls ohne weiteres seine Befugnis zur Erhebung einer selbständigen Feststellungsklage aus § 256 ZPO. zur Verwirkung gebracht haben. Die Zulässigkeit der jetzigen Feststellungsklage könnte sonach höchstens dann in Frage gestellt sein, wenn man anzunehmen hätte, daß der Kläger sein Interesse an der alsbaldigen begehrten Feststellung eben dadurch eingebüßt habe, daß er zur Erhebung der Inzidentfeststellungsklage imstande gewesen sei oder es noch zurzeit sei. Diese Frage ist aber zu verneinen.

Es wird die Ansicht vertreten (vgl. Gaupp-Stein, ZPO. Anm. II[2] zu § 280 und Skonietzki-Gelpke ZPO. Anm. 7 zu § 280), daß das nämliche Abhängigkeitsverhältnis, durch welches schon die Zulässigkeit der Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage gemäß § 280 ZPO. bedingt ist, auch die Fortdauer ihrer Zulässigkeit bedinge, dergestalt, daß, wenn das Abhängigkeitsverhältnis während des Prozesses sich löse, daraus auch der Inzidentfeststellungsklage ohne weiteres ihre Grundlage genommen werde, und daß mithin eine vom Kläger erhobene Inzidentfeststellungsklage von ihm gegen den Widerspruch des Beklagten nur dann aufrechterhalten werden könnte, wenn es sich um eine zulässige Klagerweiterung gemäß § 268 Nr. 2 ZPO. handelte. Wollte man diese Grundsätze befolgen, dann wäre es ganz augenscheinlich, daß der Kläger aus dem vom Ber.-Gerichte angenommenen Grunde sein Interesse an Erhebung einer selbständigen Feststellungsklage in einem besonderen Prozesse nicht verloren hat. Der Kläger hat, wie ihm zugestanden worden, ein anerkennenswertes Interesse daran, daß unbedingt festgestellt wird, daß der Beklagte der Ansprüche, deren er sich berühmt, in Wirklichkeit nicht teilhaftig ist. Der Kläger will also auf alle Fälle eine rechtskräftige Entscheidung hierüber erlangen. Eine unbedingte Möglichkeit zur Herbeiführung einer solchen Entscheidung hat nun der Kläger unzweifelhaft im Falle seiner selbständigen Feststellungsklage; dagegen würde er eine solche Möglichkeit im Falle einer bloßen Inzidentfeststellungsklage, wenn man den zuvor angegebenen Grundsätzen folgen wollte, keineswegs haben. Denn es ist der Revision darin Recht zu geben, daß sich in dem bereits schwebenden und noch anhängigen Vorprozesse auch gegen den Willen des Klägers Vorgänge ereignen könnten, die ihn an Aufrechterhaltung einer etwa erhobenen Inzidentfeststellungsklage hindern und so auch sein Begehren nach Erlangung des Feststellungsurteils vereiteln würden. Es könnte sich nämlich ereignen, daß die im Vorprozesse auf Zahlung von 2000 ℳ gerichtete Klage schon ohne Rücksicht auf den vom Beklagten ihr entgegengesetzten Aufrechnungseinwand abgewiesen würde oder auch, daß der Beklagte seinem Aufrechnungseinwande entsagte. In beiden Fällen wäre aber die Entscheidung des Vorprozesses von der Frage, ob dem Beklagten sein angeblicher Schadensersatzanspruch zusteht oder nicht zusteht, durchaus nicht mehr abhängig und wäre damit

auch der hierauf sich beziehenden Inzidentfeststellungsklage ihre Grundlage genommen. Und auch aus dem Gesichtspunkte einer zulässigen Klagerweiterung konnte sie nach Lage der Sache nicht aufrechterhalten werden, weil mit einer zulässigen Erweiterung nicht zu rechnen wäre.

Allein, ob die in den genannten Kommentaren vertretene Ansicht, die von anderer Seite auch Widerspruch erfahren hat (vgl. Gaupp-Stein a. a. O.) zu billigen ist, und ob sie demnach auch hier zu befolgen wäre, braucht für das diesseitige Ergebnis nicht entschieden zu werden. Um nämlich annehmen zu können, daß der Kläger ein anerkennenswertes Interesse an Erhebung seiner Feststellungsklage trotz der Möglichkeit einer Erhebung der Inzidentfeststellungsklage behalten hat, genügt es, zu erwägen, daß der Kläger begründeten Anlaß zu bezweifeln hatte, ob er sein Ziel ebensowohl und ebenso gemäß mittels der Inzidentfeststellungsklage wie mittels einer selbständigen Feststellungsklage erreichen könnte und ferner zu berücksichtigen, daß der Beklagte im anhängigen Vorprozesse nur den verhältnismäßig geringen Betrag von 2000 M zur Aufrechnung gestellt hatte, in dem Briefe vom 11. Sept. 1916 sich jedoch eines Schadenersatzanspruchs bis zur Höhe von 33000 M berühmt und so dem Kläger ein besonderes Interesse daran gegeben hat, daß über das Nichtbestehen des so weit gehenden Anspruchs selbständig entschieden wird. Allerdings ist im allgemeinen daran festzuhalten, daß es für das Interesse im Sinne des § 256 ZPO. nicht ausreicht, „wenn der Kläger seine Rechtslage einzig und allein deswegen für gefährdet ansieht, weil er über die Tragweite der anzuwendenden Rechtsnorm Zweifel hegt" (RG.-Entsch. 94, 234). Aber da der Kläger zur Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage nach dem Gesetze immer nur ein Recht und keine Verpflichtung hat, so darf ihm die Befugnis zur Erhebung einer selbständigen Feststellungsklage, anstatt von der Inzidentfeststellungsklage Gebrauch zu machen, überhaupt nur unter besonders schwerwiegenden Umständen abgesprochen werden, also höchstens dann, wenn genügende Umstände dafür sprechen, daß der Kläger von der Inzidentfeststellungsklage einen gleich günstigen Erfolg zu erwarten hatte wie von einer selbständigen Klage, aber nicht auch dann, wenn der Kläger, nach billigem Ermessen beurteilt, an einem solchen Ergebnisse Zweifel hegen durfte. Im gegebenen Falle bestand nun zum mindesten die Möglichkeit, daß der Beklagte seinem Aufrechnungseinwande nach Erhebung einer Inzidentfeststellungsklage entsagen würde — etwas Gegenteiliges ist jedenfalls nicht festgestellt —, und so konnte der Kläger von seinem Standpunkte aus auch an der unbedingten Durchführbarkeit einer Inzidentfeststellungsklage Zweifel hegen.

Muß man sich somit dahin entscheiden, daß dem Kläger das erforderliche Interesse an seinem Feststellungsbegehren verblieben war, so muß hier auch der Gesichtspunkt ausscheiden, daß eine unnötige Vervielfältigung der Prozesse nicht zu billigen ist. Ohne Berechtigung hat sich endlich das Ber.-

Gericht auf das Urteil JW. 1899, 139[6] berufen. Hier ist gerade ausgeführt worden, daß in jedem einzelnen Falle zu prüfen sei, ob durch die Möglichkeit, die Feststellung in einem anderen Verfahren herbeizuführen, das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung ausgeschlossen wäre. Eine solche Prüfung war daher auch hier vorzunehmen."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 29. März 1919. K. w. F. (OLG. München). V. 11/19.

---

151. Ein Schadenersatzanspruch darf nicht wegen mangelhafter Substantiierung abgewiesen werden, solange das Gericht zu einer auch nur allgemeinen Schätzung gelangen kann.

Vgl. 44 Nr. 209; 70 Nr. 151.
ZPO. §§ 282. 287.

Die Klägerin stand früher in Geschäftsverbindung mit der H. Bank und mit der V. T. A.-G. in H. Zur Regelung dieser Beziehungen wurden im Jahre 1912 von den Beteiligten Verträge abgeschlossen. Später fiel die H. Bank in Konkurs. Der Konkursverwalter behauptete, der Masse ständen noch Forderungen gegen die Klägerin zu. Die Klägerin erhob deshalb gegen den Konkursverwalter der H. Bank Klage auf Feststellung, daß der Bank gegen sie keinerlei Forderungen zustehen, insbesondere auch nicht aus der Abwicklung des am 14. Juli 1912 abgeschlossenen Vertrags. Die Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen, die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„ . . . Die angefochtene Entscheidung wird im wesentlichen darauf gestützt, es fehle an jeder schlüssigen Darlegung, inwiefern der H. Bank aus der Nichterfüllung der Verträge direkt oder indirekt ein Schaden erwachsen sei, das Vorbringen sei zum Teil so unklar, unvollständig und widerspruchsvoll, daß die Behauptungen zur Begründung von Schadenersatzansprüchen in keiner Weise schlüssig seien und dieser Mangel auch nicht durch Ausübung des Fragerechts beseitigt werden könne; die Bezugnahme auf die Geschäftsbücher der H. Bank und Gutachten Sachverständiger ersetze diesen Mangel nicht. Im allgemeinen ist dazu noch im Eingange der Entscheidungsgründe unter Bezugnahme auf eine in RGEntsch. 91, 265 abgedruckte Entscheidung ausgeführt, durch Ausübung des richterlichen Fragerechts könne auf die Ergänzung ungenügender Angaben und die Aufklärung unklarer Angaben hingewirkt werden, es diene aber nicht dazu, den angeblichen Ansprüchen der H. Bank erst den Boden zu bereiten, auf dem sie Aussicht auf Erfolg haben können. Bei diesen Darlegungen hat der Ber.-Richter die Bedeutung der Vorschriften des § 287 ZPO. verkannt. Es handelt sich um die Behauptung, daß der H. Bank infolge der Nichterfüllung der von der Klägerin übernommenen Vertragpflichten Schaden entstanden sei, also um den Nachweis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Vertragverletzung und der Entstehung eines Schadens. Auf diesen Nachweis findet § 287 ZPO. Anwendung.

Die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden entstanden sei, insbesondere also die Ermittlung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Rechtsverletzung und Schadenentstehung untersteht darnach der auf die Würdigung aller Umstände gestützten freien Beweiswürdigung des Gerichts. Eine Zurückweisung des Ersatzanspruchs wegen mangelnder Darlegung des ursächlichen Zusammenhangs darf nicht erfolgen, solange das Gericht unter Anwendung aller ihm zustehenden Erkenntnismittel zu einer auch nur allgemeinen Schätzung gelangen kann. Die vom Ber.-Richter angezogene Entscheidung des Reichsgerichts betrifft einen ganz anders gearteten Fall und bezieht sich namentlich nicht auf den hier in Betracht kommenden § 287 ZPO. Die Heranziehung dieser Entscheidung zeigt, daß der Ber.-Richter sich der Bedeutung gerade des § 287 für die vorliegende Streitsache nicht hinreichend bewußt gewesen ist, zumal er ihn auch in den Urteilsgründen nirgends erwähnt hat. Daß der H. Bank durch Nichterfüllung der Verträge Schaden entstanden sein müsse, liegt an sich nahe. Behauptet war in dieser Hinsicht, sie habe infolge der Nichterfüllung derselben die Aktien der V. T. A.-G. nicht verwerten, ihrer Verpflichtung zur Abnahme weiterer 200 Aktien dieser Gesellschaft nicht nachkommen und deshalb bestehende größere Sicherheiten nicht einlösen, sowie die Hypothekenzinsen wertvoller Terrains nicht zahlen und die industriellen Unternehmungen, an denen sie beteiligt gewesen sei, nicht abwickeln können, so daß sie Kredite habe kündigen müssen und viel Geld verloren habe, schließlich in Konkurs verfallen sei. Inwiefern dieses Vorbringen unklar und widerspruchsvoll sei, ist nicht zu erkennen. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 25. Febr. 1919. M. w. R. Bank. (OLG. Rostock). VII. 330/18.

---

152. Sind gegenüber der Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan Einwendungen gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch zulässig?

Vgl. oben Nr. 58 m. N.; 39 Nr. 277.

ZPO. §§ 878. 767, 775. 796 Abs. 2, 797 Abs. 4. ZVG. § 115.

Der Kläger erhob in einem von ihm auf Grund eines Vollstreckungsbefehls betriebenen Zwangsversteigerungsverfahren gegen den Teilungsplan Widerspruch, soweit seine Zinsforderung nicht berücksichtigt und dem Beklagten als im Range folgendem Gläubiger ein entsprechender Teil des Versteigerungserlöses zugeteilt worden war. Gegen die Widerspruchsklage wandte der Verklagte unter anderm ein, das Darlehnsgeschäft, aus dem sich die Forderung des Klägers herleite, sei wegen Wuchers nichtig. Der Einwand wurde verworfen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Mit dem Wuchereinwande greift der Verklagte unzulässigerweise den Vollstreckungstitel des Klägers an. Der Vollstreckungsbefehl des Klägers ist die Grundlage für dessen Zwangsvollstreckung in das Vermögen seines Schuld-

ners Sch. Diese Vollstreckung muß nicht nur der Schuldner Sch. hinnehmen, sondern jeder andere, auch der Verklagte, muß sie gelten lassen, denn ihre Zulässigkeit gründet sich auf das Gesetz, das nun einmal den Vollstreckungsbefehl als Vollstreckungstitel anerkennt. Diese Grundlage der Vollstreckung kann nicht mit dem Einwand angegriffen werden, daß der zu vollstreckende Anspruch unrichtig festgestellt sei. Sonst könnte jeder nur vorläufige Vollstrekkungstitel mit dem Einwand beseitigt werden, daß über den zugrundeliegenden Anspruch noch nicht richtig entschieden sei, daß das Verfahren noch schwebt. Damit würde aber der vom Gesetz zugelassene vorläufige Titel einfach beiseite geschoben. Das Gesetz erklärt für jedermann bindend, aus welchen Vollstreckungstiteln vollstreckt werden kann. Es handelt sich dabei nicht um Rechtskraftwirkungen, die sich auf die Parteien beschränken müßten. Denn das Gesetz bestimmt ganz unabhängig von der sachlichen (und auch förmlichen) Rechtskraft, was geeignete Vollstreckungstitel sind (unbeschadet der Schadenersatzpflicht bei nur vorläufig vollstreckbaren Titeln § 717 Abs. 2 ZPO.). Niemand darf einen einmal vom Gesetz zugelassenen Vollstreckungstitel als Grundlage der Vollstreckung in Frage stellen wollen. Zugelassen sind nur Einwendungen, die sich gegen die Gültigkeit, den Bestand des Vollstreckungstitels richten. So kann ein vorläufiger Titel durch den Nachweis entkräftet werden, daß er im späteren Verfahren aufgehoben worden ist, nicht mehr besteht (vgl. § 775 Ziffer 1 ZPO.). Weiter kann geltend gemacht werden, daß der Anspruch später erloschen und der Titel dadurch entkräftet worden ist. Auch das ist ein Einwand, gegen den Bestand des Titels selbst. Denn der Titel gibt nur einen Ausspruch über den Zustand zur Zeit, da er erlassen wurde, nachträgliche Ereignisse, die das ihm zugrundeliegende Rechtsverhältnis beeinflussen, wirken auch auf ihn. Wie sie das betroffene Rechtsverhältnis erledigen, so greifen sie auch an seinen Bestand. Deshalb lassen die §§ 767. 796 Abs. 2. 797 Abs. 4 ZPO. solche Einwendungen gegen den Vollstreckungstitel zu. Der Schuldner selbst muß sie nach § 767 ZPO. durch Klage geltend machen, sie stehen aber nicht ihm allein zu. Andere brauchen nicht den Erfolg einer solchen Klage des Schuldners abzuwarten, sie können die Einwendungen, wenn der Titel ihre Ansprüche beeinträchtigt, auch selbst erheben, nicht nur zur Unterstützung des Vollstreckungsschuldners als dessen Nebenintervenienten (§ 66 ZPO.) in einem Rechtsstreit zwischen ihm und dem Gläubiger, sondern auch außerhalb eines solchen selbständig. Denn es handelt sich hier um einen allgemeinen Grundsatz, der nur in § 767 ZPO. für den Schuldner eine besondere Regelung gefunden hat (vgl. Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile S. 225, 226, 228). Auch der Einwand, daß der Vollstreckungstitel arglistig durch Fälschung des Prozeßergebnisses gewonnen sei, zählt hierher. Denn ein solcher Titel ist kein geeigneter Titel, wer ihn benutzt, begegnet dem Einwand der Arglist (vgl. hierzu Gaupp-Stein ZPO. (10) Bem. II 2 vor § 704 und auch § 878 Bem. II; Kuttner S. 36 ff., 177 ff.

185 ff., bes. 191—193, 198 ff., 225, 235, 236; RGEntsch. 58, 236; 68, 138)

Man könnte daran denken, ob nicht der Verklagte mit seinem Wuchereinwand behaupten wolle, der Kläger habe den Vollstreckungstitel durch arglistige Täuschung des Richters erschlichen. Aber damit würde man in den Wuchereinwand zuviel hineinlegen. Er richtet sich nur gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch. . . ."

Urteil des OLG. zu Jena (1. Sen.) v. 5. Febr. 1919. v. H. w. B. 1 U 109/18. B—r.

---

153. Kann im Rechtsstreit zweier Prätendenten eines Sparkassenguthabens ein Zahlungsverbot im Wege der einstw. Verf. gegen die Sparkasse erlassen werden?

Vgl. oben Nr. 21.

ZPO. §§ 938, 829, 930; BGB. §§ 135. 136.

Der Antragsteller, der seine Ehefrau auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs verklagt hatte, bat um Erlaß einer einstw. Verf. dahin, daß der Sparkasse verboten würde, Zahlungen auf die Spareinlage an seine Ehefrau als Inhaberin des Sparkassenbuchs zu leisten. Das Landgericht lehnte den Antrag ab. Die Beschwerde blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des OLG.:

„Der Streit um das Sparkassenbuch schwebt zwischen dem Antragsteller und dessen Frau. Das verlangte, an die Sparkasse zu richtende Zahlungsverbot würde also, mag immerhin diese als Antragsgegnerin geführt werden, einem als Partei nicht beteiligten Dritten eine Beschränkung auferlegen und damit die Grenze, die der § 938 ZPO. dem richterlichen Ermessen zieht, überschreiten. Wenn die ZPO. in § 829 und § 930, 1 Satz 3 Verbote an Drittschuldner zuläßt, hat dies darin seinen Grund, daß ein im Verfahren selbst begründetes gerichtliches Pfändungspfandrecht an der dem Drittschuldner gegenüber bestehenden Forderung den formalen Zusammenhang ermittelt. Mit Recht verneint aber auch das Landgericht, daß der Antragsteller des Verbots an die Sparkasse bedürfe. Es ist unnötig, weil er sich dadurch ausreichend zu schützen vermag, daß er gegenüber der Ehefrau das Verbot erwirkt, bis zur Entscheidung der Hauptsache über die Forderung auf die Sparkasseneinlage zu verfügen und dieses Verbot der Sparkasse zur Kenntnisnahme vorlegt (§§ 135,1. 136 BGB.)."

Beschluß des OLG. zu Dresden (6. Sen.) v. 24. Dez. 1918. O a Reg. 292/18. Ch.

---

154. Die Erteilung von Auszügen aus den Büchern eines Kaufmanns kann nach § 887, nicht nach § 888 ZPO. erzwungen werden.

ZPO. §§ 887. 888.

„Es handelt sich um die Frage, ob die Zw.-Vollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts vom 16. Okt. 1917, soweit Beklagte verurteilt worden ist, dem Kläger Buchauszüge zu erteilen, nach § 888 ZPO. oder nach § 887 ZPO.



zu erfolgen hat. Auszüge aus den Geschäftsbüchern eines Kaufmanns kann jeder Buchhalter machen. Die Zw.-Vollstreckung muß daher nach § 887 ZPO. erfolgen; nicht nach § 888 ZPO. Kläger verweist auch zu Unrecht darauf, daß die beklagtischen Geschäftsbücher nicht in Ordnung sind. Hierdurch erwachsen dem Gläubiger in abstracto möglicherweise und in concreto dem Kläger tatsächlich, wie in der Hauptsache ausgeführt ist, weitere Rechte; hier im vorliegenden Fall das Recht auf Büchereinsicht; aber die Erteilung von Buchauszügen bleibt für die Zw.-Vollstreckung immer eine Handlung, welche nicht nur von dem Schuldner, sondern auch von einem Dritten vorgenommen werden kann. Anders ist es z. B. bei der Rechnungslegung; bei dieser hat der Schuldner sich zu entscheiden, welche Pöste kreditiert und debitiert werden sollen; diese dispositive Willenserklärung kann nur der Schuldner selbst abgeben (Gaupp-Stein zu § 887 ZPO. II, 2); aber zur Rechnungslegung ist Beklagte nicht verurteilt, sondern zur Erteilung von Buchauszügen (vgl. JW. 1902, S. 272).

Auch die weitere Voraussetzung für § 888 ZPO. fehlt, daß die Vornahme der Handlung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Der § 888 ZPO. ist nicht anwendbar, wenn zu dem Willen des Schuldners noch andere Umstände hinzukommen müssen, um die Ausführung möglich zu machen, sollte letzteres auch durch Verschulden des Schuldners herbeigeführt worden sein, z. B. der unterlassenen Führung von Büchern.

Für die Art der Zw.-Vollstreckung ist endlich gleichgültig, ob die Gefahr besteht, daß ein nach § 887 ZPO. erzwungener Buchauszug möglicherweise nicht richtig wäre, weil Beklagter möglicherweise einem Buchhalter nicht das ganze Material zur Verfügung stellen würde. Dieser Gesichtspunkt betrifft nicht die Art der Zw.-Vollstreckung, sondern nur den materiellen Rechtsanspruch des Klägers."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 24. Febr. 1919. Sp. w. H. Bs. Z. I 5/19. **B.**

---

155. Kein Anspruch aus § 945 ZPO. auf Ersatz des aus der Anordnung des Arrestes entstandenen Schadens.

ZPO. § 945.

Gegenüber der auf Bezahlung einer Warenlieferung gerichteten Klageforderung rechnete der Beklagte mit einer ihm abgetretenen Schadenersatzforderung der G. m. b. H. Julius H. auf. Zur Begründung der Gegenforderung wurde geltend gemacht, der Kläger habe gegen die Gesellschaft einen gänzlich unbegründeten, im Widerspruchverfahren aufgehobenen Arrest ausgebracht. Dadurch sei der Gesellschaft der aus einem in sicherer Aussicht gewesenen Geschäft zu erzielende Gewinn von 26000 M entgangen, da der Geldgeber L., der ihr die zu dem Geschäft benötigte Barsumme von 20000 M darlehnsweise zugesagt gehabt habe, von dieser Zusage zurückgetreten sei,

als er von der Ausbringung des Arrestes erfahren habe. Der Klage wurde in allen Instanzen stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Damit allein, daß der von der Klägerin gegen die G. m. b. H. Julius H. wegen der Klageforderung erwirkte Arrestbefehl auf Widerspruch dieser Gesellschaft wieder aufgehoben ist, ist der Schadenersatzanspruch aus § 945 ZPO., mit welchem der Beklagte als Abtretungsempfänger dieser Gesellschaft gegen die im Verhältnis zu ihm unstreitige Klageforderung aufrechnet, nicht begründet. Zu der Aufhebung, die erweisen würde, daß der Arrest von Anfang an ungerechtfertigt gewesen, müßte hinzukommen, daß der Gesellschaft aus der Vollziehung des angeordneten Arrestes ein Schaden entstanden ist. Nach der Vorschrift des § 945 ZPO. und der hierzu gehörigen Begründung des Abänderungsgesetzes vom 17. Mai 1898 (S. 192) ist — abgesehen von dem Falle, daß zur Abwendung oder Aufhebung des Arrestes Sicherheit hat geleistet werden müssen — nur der aus der Vollziehung des Arrestes erwachsene Schaden zu ersetzen, ähnlich wie § 717 Abs. 2 ZPO. bei Aufhebung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils eine Schadenersatzpflicht nur wegen eines durch die Vollstreckung des Urteils entstandenen Schadens eintreten läßt. Daß der geltend gemachte Schaden in ursächlichem Zusammenhang mit der Vollziehung des Arrestes stehen muß, ist vom Reichsgericht bereits in dem Urteile vom 27. Mai 1907 IV 499/1906 (in dem in der JW. 1907 S. 485 Nr. 25 nicht abgedruckten Teile) ausgesprochen, auch sonst allgemein anerkannt. Der Schaden muß darin seinen Grund haben, daß der Arrestbeklagte durch die Vollziehung des Arrestes in der Verfügung über die mit Arrest belegten Vermögensgegenstände behindert worden ist oder seine Vermögenslage durch die Vollziehung des Arrestes sonst ungünstig beeinflußt ist. Im vorliegenden Falle wird nun der Anspruch auf Schadenersatz von dem Beklagten daraus hergeleitet, daß es der Gesellschaft unmöglich gemacht sei, das mit S. verabredete Geschäft über Erwerb einer Hypothek, das ihr einen Gewinn von 26000 ℳ gebracht haben würde, zur Ausführung zu bringen. Dieser Schaden beruht aber nach der Feststellung des Ber.-Gerichts lediglich auf der Anordnung des Arrestes. L., welcher der Gesellschaft zum Erwerbe der Hypothek ein Darlehn von 20000 ℳ zugesagt hatte, hat durch den von der Gesellschaft ihm mitgeteilten Erlaß des Arrestbefehls sich bestimmen lassen, seine Zusage zurückzuziehen. Die nach Angabe des Beklagten in Vollziehung des Arrestbefehls vorgenommene Pfändung hat hierauf keinen Einfluß gehabt. Daß L. von dieser Pfändung erfahren habe, wird von dem Beklagten selbst nicht behauptet.

Ohne Rechtsirrtum hat deshalb das Kammergericht eine Schadenersatzpflicht der Klägerin aus § 945 ZPO. verneint. Unbegründet ist die Rüge der Revision, daß hierbei an den ursächlichen Zusammenhang zu strenge Anforderungen gestellt seien und daß das Vollstreckungsverfahren bereits mit der Einreichung des Arrestgesuchs beginne. Die Revision kann hierfür auf die

in der JW. 1907, 485 mitgeteilten Ausführungen des bereits erwähnten Urteils vom 27. Mai 1907 sich nicht berufen. In diesem Urteil ist nur gesagt, daß eine Vollziehung des Arrestbefehls bereits vorliege, wenn es hinsichtlich einer zu pfändenden Hypothek auch nur zur Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Dritten, durch den ihm die Zahlung an den Schuldner verboten wird, und zur Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefes gekommen sei. Für unerheblich wird erklärt, ob die Vollstreckungshandlungen geeignet waren, dem Gläubiger ein vollwirksames Pfandrecht zu verschaffen. Damit ist jedoch der für die Schadenersatzpflicht bedeutsame Unterschied zwischen Vollziehung und Anordnung des Arrestes keineswegs aufgegeben.

Außer durch Vollziehung des Arrestes kann allerdings der Arrestbeklagte auch durch Anordnung des Arrestes geschädigt werden. Die hierdurch herbeigeführten Nachteile gehören aber nicht zu den nach § 945 ZPO. ohne Rücksicht auf das Verschulden des Antragstellers unbedingt zu ersetzenden Vermögensschäden. Schadenersatz kann hier nur verlangt werden auf Grund der allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB. Auch nach diesen Bestimmungen ist der Schadenersatzanspruch des Beklagten nicht gerechtfertigt..."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 13. Jan. 1919. H. w. S. (Kammergericht). IV. 289/18.

---

156. Die Provisionsansprüche des Provisionsreisenden fallen nicht unter § 61 KO.

KO. § 61; HGB. §§ 59 ff.

Der Kläger war von dem verstorbenen Kaufmann P. als Provisionsreisender angestellt und hat auch bis zu dessen Tod in seinem Geschäftsbetrieb — Herstellung von chemisch-technischen Erzeugnissen — Verkäufe vermittelt. Im Konk.-Verfahren über den Nachlaß des P. hat er eine Provisionsforderung zu 943,91 ℳ als nach § 61 Nr. 1 KO. bevorrechtete Forderung angemeldet. Der Konk.-Verwalter hat Forderung und Vorrecht bestritten. Die gegen den Konk.-Verwalter erhobene Klage, mit der beantragt war, festzustellen, daß dem Kläger gegen die Konkursmasse eine bevorrechtigte Forderung zu 943,91 ℳ zustehe, wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Wie das Urteil des Reichsgerichts vom 3. Nov. 1905 (Entsch. 62, 229 ff.) ausführt, ist das Tatbestandsmerkmal des § 61 Nr. 1 KO., das „Sichverdingen", nicht gleichbedeutend mit Versprechen der Leistung von Diensten, sondern setzt noch weiter ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis des die Dienste Leistenden von dem sie Empfangenden voraus, da außerdem der Kreis der unter jene Bestimmung fallenden Personen und Forderungen viel zu weit ausgedehnt und der allgemeine Grundsatz der Gleichberechtigung aller Konk.-Gläubiger beeinträchtigt würde. Diese Erwägung trifft nicht bloß auf den

Handlungsagenten zu, auf den jenes Urteil zunächst abgestellt ist, sondern auch auf den Kläger. Wenn dieser darauf hinweist, daß er ausschließlich für P. habe tätig sein dürfen, so kann die Bestimmung des bezüglichen Vertrags von vornherein nur dahin verstanden werden, daß dem Kläger lediglich untersagt werden sollte, sich für andere Geschäfte als Handlungsreisender zu betätigen, nicht aber, daß er überhaupt keine andere Tätigkeit hätte entfalten dürfen. Dafür spricht schon der Umstand, daß dem Kläger nach seinem eigenen Vorbringen nur ein Betrag von 150 ℳ monatlich als Provision garantiert war und daß sich P. bei einem geringeren Verdienste sogar das Kündigungsrecht vorbehalten hatte. Daß bei einem derartig geringen und gerade für die Zeit des Vertragsabschlusses — August 1917 — gerichtsbekannt unzureichenden Einkommen der Kläger auf jede weitere gewinnbringende Tätigkeit verzichtet haben sollte, ist von vornherein ausgeschlossen. Ein Abhängigkeitsverhältnis, wie es bei den mit festem Gehalt angestellten Handlungsgehülfen gegenüber dem Geschäftsherrn besteht, liegt hier nicht vor. Der Kläger stand dem P. frei gegenüber, er war sog. freier Provisionsreisender. Daran ändert nichts, daß der Kläger verpflichtet war, die Reisen nach dem Plan des P. auszuführen und daß er die erzielten Geschäftsabschlüsse, für die besondere Bedingungen, wie Postnachnahme oder Voreinsendung des Betrages, getroffen waren, einzusenden und vor Antritt der Reise oder nach Rückkehr von solcher im Geschäfte zur Entgegennahme von Weisungen sich einzufinden hatte. Alles dies hängt mit einer geordneten Geschäftsführung an sich zusammen, besagt aber nichts für ein persönliches Verhältnis der Abhängigkeit, wie es § 61 Nr. 1 KO. voraussetzt und wie es in den Vorschriften der §§ 59 ff. HGB. zum Ausdruck kommt. Die Stellung des Klägers steht überwiegend der eines Handlungsagenten nahe. . . ."

Urteil des OLG. zu München (2. Sen.) v. 14. März 1919. W. w. Nachlaßkonkurs P. Beruf.-Reg. L 336/18. F—z.

---

157. Bodenbelag aus Linoleum in den Zimmern eines Wohnhauses als Zubehör des Anwesens; Untergang des Eigentums eines Dritten an mitversteigerten Zubehörstücken.

BGB. §§ 93, 97; Zw.VGes. §§ 55 Abs. II, 90 Abs. II.

Am 1. Okt. 1913 erwarb Marie St. das Anwesen Hs.-Nr. 1 in G. und richtete darin eine Pension ein. Der Kläger lieferte in das Haus Linoleum und Filzpappe zum Betrage von 1985 ℳ, wobei er sich das Eigentum bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufpreises vorbehielt. Das Anwesen wurde am 4. Febr. 1916 zum Zwecke der Zw.-Versteigerung beschlagnahmt. Der Kläger, dessen Forderung zu dieser Zeit noch 760 ℳ betrug, machte im März 1916 dem Notar vom Eigentumsvorbehalt Mitteilung und ersuchte, im Versteigerungstermin sein Recht bekanntzugeben. Er erlangte die Freigabe seitens der betreibenden Gläubigerin und das Versprechen eines weiteren

Hypothekgläubigers S., ihm für den Fall der Versteigerung des Anwesens 600 M zu bezahlen. Er legte ferner mit Schreiben an das Notariat G. vom 22. Sept. 1917 Verwahrung gegen die Versteigerung des Linoleums und der Filzpappe ein. Im Termin vom 6. Okt. 1917 gab der Versteigerungsbeamte den Beteiligten Kenntnis von der Verwahrung des Klägers und brachte Linoleum und Filzpappe mit zur Versteigerung. Meistbietender blieb der Hypothekgläubiger S. Dieser übertrug die Rechte aus dem Meistgebot auf den Beklagten und dessen Ehefrau, denen das Anwesen am 13. Okt. 1917 je zur Hälfte zugeschlagen wurde. Der Beklagte weigerte sich, für das Linoleum aufzukommen. Der Kläger erhob gegen ihn Klage auf Herausgabe des Linoleums mit Filzpappe oder Gestattung der Wegnahme. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger beansprucht das Linoleum und die Filzpappe als sein Eigentum (§ 985 BGB.). Das Eigentum des Klägers ist untergegangen, wenn die Gegenstände als wesentliche Bestandteile des fraglichen Hauses oder als dessen Zubehör zu erachten sind. Als wesentlicher Bestandteil des Anwesens, der mit ihm der Beschlagnahme und Versteigerung unterliegen würde (§ 946 BGB., § 90 Abs. I ZwVG.), ist der gelieferte Bodenbelag nicht anzusehen. Wenn die gestrichenen Böden auch stark abgenutzt waren, so ist doch das Linoleum nicht an die Stelle des Bodens getreten, kein Stück des Bodens geworden. Der Bodenbelag hat seine Selbständigkeit als körperlicher Gegenstand nicht derart verloren, daß er, solange die Verbindung dauert, zusammen mit dem Boden als ein Ganzes, als eine einheitliche Sache erscheint (§ 94 Abs. II BGB.). Es kommt hierbei auch nicht darauf an, ob der Belag mehr oder minder fest mit dem Boden verbunden ist. Selbst wenn er angenagelt und angeleimt war, konnte er ohne Zerstörung oder wesentliche Veränderung des Linoleums und des Bodens losgelöst und weggenommen werden (§ 93 BGB.).

Dagegen wird der Bodenbelag als Zubehör des Hauses erachtet (§ 97 BGB.). Zubehör eines Wohngebäudes ist alles, was dem Zweck des Gebäudes, als Wohnung benutzt zu werden, dient (Rechtspr. Bd. 14, S. 9). Die Zeugin St. hat erklärt, daß die oberen Räume des Hauses schon vom Vorbesitzer als Fremdenzimmer eingerichtet waren. In den unteren Räumen befand sich eine Wild-, Geflügel- und Fischhandlung. Sie erwarb das Geschäft samt der Fremdenzimmereinrichtung, um das Geschäft weiter zu betreiben und die Räume der oberen Stockwerke an Fremde zu vermieten. Sie entschloß sich, die in schlechtem Zustand befindlichen Böden mit Linoleum zu belegen, weil sie hoffte, die Zimmer leichter zu vermieten und weniger Arbeit zu haben. Besondere Gedanken machte sie sich nicht, ob das Linoleum ständig mit dem Hause und der Pension verbunden werden sollte. Sie dachte nicht daran, das Haus bald wieder weggeben zu müssen und war der sicheren Hoffnung,

daß sie das Haus behalten oder daß es ihr Bruder übernehmen und wie sie durch die Ausübung des Geschäftes und die Vermietung der Zimmer eine Existenz haben würde. Die Zeugin hat demnach den Belag als **Eigentümerin** des Anwesens gekauft und ihn zum Zwecke des fortgesetzten Gebrauchs im Hause mit dem Boden verbunden. Sie hat den Belag nicht etwa wie ein Mieter zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmt mit der Absicht der Entfernung bei einem Wechsel der Wohnung, sondern sie hat es als selbstverständlich betrachtet, daß er beim Hause verbleibt. Er war demnach dem Hause dauernd gewidmet. Hierbei ist die Zeugin von der Annahme ausgegangen, daß das Haus für ihre Besitzzeit und auch späterhin der Aufnahme von Fremden dienen werde. Wesentlich ist jedoch nicht, ob diese Annahme für die Zukunft zutrifft. Für die Besitzzeit der St. ist sie zugetroffen. Es ist ohne Belang, ob der spätere Eigentümer des Hauses andere Absichten verfolgt. Dem steht auch die Verkehrsauffassung nicht entgegen. Für einen Kurort wie G. ist anzunehmen, daß die Wohnhäuser in weitestem Umfang von den Eigentümern so ausgestattet werden, daß sie dauernd zur Aufnahme von Fremden geeignet sind. Auch der Versteigerungsbeamte ging offensichtlich von der Zubehöreigenschaft der fraglichen Gegenstände aus, weil er sie mit zur Versteigerung brachte. War der Bodenbelag Zubehör des Anwesens, so wurde er nach § 55 Abs. II ZwVG. von der Versteigerung erfaßt, auch wenn er dem Kläger gehörte. Dieser hat es unterlassen, die einzige Schutzmaßnahme vorzusehen, die ihm gegen die Mitversteigerung zu Gebote stand, nämlich vor der Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens beim zuständigen Gericht herbeizuführen (§ 37 Nr. 5 ZwVG.). Alle anderen Vorkehrungen, wie Verwahrung gegen die Mitversteigerung und die Pfandfreigabe der beteiligten Gläubiger waren rechtlich unwirksam.

Das Eigentum an den Zubehörstücken leitete sich für den Beklagten auch nicht von dem Meistbietenden S. her, es ist vielmehr durch den Zuschlag von der St. unmittelbar auf ihn übergegangen. Hierbei ist es unerheblich, ob der Beklagte beim Eigentumserwerb in gutem oder bösem Glauben war, weil ein rechtsgeschäftlicher Erwerb eben nicht in Frage stand. Der Zeuge S. konnte auch nicht bestätigen, daß der Beklagte bei der Weitergabe des Meistgebotes ihm gegenüber die Verpflichtung übernommen hat, das Linoleum an den Kläger herauszugeben.

Der Beklagte und seine Ehefrau haben demnach mit dem Grundstück auch die Zubehörstücke erworben, auf die sich die Versteigerung erstreckt hat (§ 90 Abs. II ZwVG.), und die Entscheidung des Landgerichts stellt sich als begründet dar."

Urteil des OLG. zu **München** (3. Sen.) v. 12. Juli 1919. K. gegen D. Beruf.-Reg. L 238/18. F—z.

I. Bürgerliches Recht.

158. Beim außergerichtlichen Vergleich ist die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers und deren Geheimhaltung nicht unbedingt nichtig.

BGB. § 138; KonkO. § 181.

Der Ehemann der Beklagten geriet Ende 1907 in Zahlungsschwierigkeiten und strebte einen außergerichtlichen Vergleich an. Die Klägerin war seine Hauptlieferantin. Durch Abkommen mit ihr vom 9. Jan. 1908 verpflichtete er sich, während der nächsten zehn Jahre seinen gesamten Bedarf in bestimmten Pelzwaren von ihr zu beziehen und im Fall anderweiten Einkaufs 15% des Fakturawerts an sie zu vergüten. Am folgenden Tag übernahm die Beklagte schriftlich die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle von ihrem Ehemann der Klägerin gegenüber eingegangenen und später einzugehenden Verbindlichkeiten jeder Art mit der Bedingung, daß der Bürgschaftschein die Gültigkeit verliere, falls der außergerichtliche Vergleich nicht zustande komme. Klägerin trat dann dem Vergleich bei. Die Gläubiger erhielten 35% ihrer Forderungen. Im Jahre 1914 verfiel der Ehemann der Beklagten in Konkurs, der mit einem Zwangsvergleich von 25% endete. Die Klägerin forderte von der Beklagten ihren Ausfall mit 5810,08 *M*. Die Beklagte wendete ein, daß die Bürgschaft nichtig sei, weil die Klägerin wider die guten Sitten sich durch die Verpflichtung des Ch. vom 9. Jan. 1908 Sondervorteile unter Verheimlichung vor den übrigen Gläubigern habe versprechen lassen.

Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Wie das Ber.-Gericht feststellt, hat die Klägerin ihre Zustimmung zu dem Vergleich vom Jahre 1908 von der geschäftlichen Bindung des Ch., wie sie in dem Abkommen mit ihm vom 9. Jan. 1908 vereinbart wurde, abhängig gemacht. Sie hat damals auch besonders betont, daß die Gläubiger davon nichts wissen dürften, weil sie sonst dem Akkord nicht beitreten würden. Das Ber.-Gericht nimmt weiter an, daß das Zustandekommen des Akkords gefährdet gewesen wäre, wenn die Bindung des Ch. den übrigen Gläubigern bekannt geworden wäre, weil diese, einer allgemeinen Verkehrsgepflogenheit folgend, vorausgesetzt hätten, daß sie gleichmäßig ohne Bevorzugung einzelner behandelt würden, und sich zu der Einigung in dem Bestreben verstanden

hätten, den Schuldner sich künftig als Kunden zu erhalten. Da nun die Beklagte die Bürgschaft nur unter der Bedingung eingegangen sei, daß der Vergleich geschlossen werde, so würde sie der Klage dann mit Erfolg widersprechen können, wenn der Klägerin ein Verstoß wider die guten Sitten bei dem Abkommen mit Ch. zur Last fiele, wenn sie nämlich in selbstsüchtiger Absicht die Geheimhaltung der Bindung des Ch. zu dem Zweck gefordert hätte, die übrigen Gläubiger irrezuführen. Dies sei indes nicht der Fall. Im Gegenteil habe die Klägerin erwiesenermaßen nur beabsichtigt, das Interesse des Ch. und damit auch das der Beklagten wahrzunehmen, indem sie verhüten wollte, daß Ch. infolge der Verbindung mit mehreren Bezugsquellen sich „überkaufe", d. h. unter übermäßiger Anspannung seines Kredits Waren über seinen Bedarf hinaus anschaffe.

Ob, wie das Ber.-Gericht meint, die etwaige Nichtigkeit des Abkommens zwischen der Klägerin und Ch. auch die Forderungen, die für die späteren Warenlieferungen der Klägerin entstanden sind, und die für diese Forderungen übernommene Bürgschaft der Beklagten ergreifen würde, braucht nicht weiter geprüft zu werden. Beim außergerichtlichen Vergleich ist das Abkommen, wodurch einzelne Gläubiger bevorzugt werden sollen, nicht, wie für den Zwangsvergleich durch § 181 KO. bestimmt wird, schlechthin nichtig, auch nicht, wenn es die fast unvermeidlich damit verbundene Geheimhaltung vor den übrigen Gläubigern vorschreibt, sondern die Nichtigkeit tritt nur ein, wenn es nach den Umständen des Falls sich als ein wider die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft darstellt (§ 138 BGB.). Hier hat aber das Ber.-Gericht die tatsächliche Feststellung getroffen, daß die Klägerin nicht aus Eigensucht, sondern zum wohlverstandenen Vorteil des Ch. die streitige Vereinbarung verlangt habe. Ohne Rechtsirrtum verneint daher das Ber.-Gericht, daß Klägerin sich eines sittenwidrigen Verhaltens schuldig gemacht habe.

Der Angriff der Revision, daß sich der Sittenverstoß zwingend aus der Bedingung der Geheimhaltung ergebe, geht fehl. Die Geheimhaltung war sogar nötig, wenn der gute Zweck, den das Ber.-Gericht der Klägerin zuschreibt, für Ch. erreicht werden sollte. Ihre Ausbedingung machte das Abkommen nicht notwendig zu einem sittenwidrigen."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 12. Mai 1919. Ch. w. W. (OLG. Breslau). VI. 71/19.

---

159. Verspätete Annahme eines Vertragangebots*; Frist; die Einräumung der Vorhand für den Ankauf einer Ware bedeutet kein Verkaufsrecht i. S. des § 504 BGB.**

*Vgl. 61 Nr. 168; **Vgl. 57 Nr. 239.
BGB. §§ 147. 504. 510.

Der Kläger bot im Nov. 1916 dem Beklagten für 600 l Branntwein einen Preis von 8 M für das Liter. Der Beklagte erklärte, wenn jemand

einen höheren Preis biete, werde er dem Kläger davon Mitteilung machen, da er ihm ein Vorkaufsrecht einräumen wolle. Mit dem an den Wohnort des Klägers Saarbrücken gerichteten Briefe v. 19. Nov. 1916 teilte Beklagter mit, es seien ihm 9 *M* für das Liter geboten, der Kläger könne den Branntwein zu diesem Preise haben, falls er sofort zusage, andernfalls fühle sich Beklagter nicht mehr an sein Angebot gebunden. Der Brief erreichte den auf Reisen befindlichen Kläger erst am 22. Nov. in Trier, von wo aus der Kläger sofort sein Einverständnis dem Beklagten telegraphisch mitteilte. Der Beklagte antwortete, die Annahmeerklärung sei verspätet, der Branntwein bereits anderweit verkauft. Der Kläger klagte auf Lieferung des Branntweins. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab. Die Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Den in dem Schreiben des Beklagten vom 19. Nov. enthaltenen Antrag auf Abschluß des Kaufvertrags erachtet das Ber.-Gericht für bereits erloschen zu der Zeit, als das Annahmetelegramm des Klägers vom 22. Nov. dem Beklagten zuging. Es nimmt unter Anwendung des § 147 Abs. 2 BGB. an, daß der Beklagte den Eingang der Antwort auf seinen Brief unter regelmäßigen Umständen spätestens am 22. Nov. mit der ersten Postbestellung erwarten durfte. Der Brief vom 19. Nov. kam nach der Darstellung des Klägers am 21. Nov. morgens in Saarbrücken an und wurde ihm mit der folgenden Post durch Eilboten nach Trier, wo er sich am 21. und 22. Nov. aufhielt, nachgesandt. Seine Annahme will der Kläger am 22. Nov. zwischen 10 und 11 Uhr vormittags von Trier an den Beklagten nach Wittlich telegraphiert haben. Von den Angaben des Klägers abweichende Ankunfts- und Abgangszeiten sind nicht festgestellt.

Die Revision verneint in erster Linie die Anwendbarkeit des § 147 BGB., weil der Beklagte bereits vertragmäßig gebunden gewesen sei. Eine solche Bindung nimmt auch das Ber.-Gericht ersichtlich an, indem es feststellt, daß der Beklagte bei den Verhandlungen über den Verkauf seines Branntweins vor 19. Nov. 1916 sich verpflichtet habe, dem Kläger erst zu schreiben, wenn ihm für den Branntwein mehr als 8 *M* für das Liter geboten würden. Diese Verpflichtung kann keinen anderen Sinn haben, als daß der Beklagte verbunden sein sollte, falls ihm ein anderer Kauflustiger mehr als 8 *M* für das Liter biete, dem Kläger durch Mitteilung dieses höheren Preises Gelegenheit zu geben, denselben Preis zu bewilligen und dadurch vor dem anderen Kauflustigen den Branntwein zu kaufen. Dieser Pflicht genügte der Beklagte, wenn er zu dem von dem Dritten gebotenen höheren Preise dem Kläger ein Verkaufangebot machte, eine weitergehende Verpflichtung des Beklagten war davon abhängig, daß der Kläger das Angebot annahm. Die Frist zur Annahme aber bestimmte sich in Ermangelung anderer früherer Vereinbarung nach den gesetzlichen Vorschriften über die Annahme eines Vertragsantrages, also nach § 147 BGB.

Vertragmäßig gebunden war der Beklagte nicht, zu verkaufen, so daß es nur noch einer Erklärung des Klägers zur Vollendung des Kaufabschlusses bedurft hätte, in welchem Falle allerdings die vertraglich nicht begrenzte Dauer der Bindung des Beklagten gemäß §§ 157, 242 BGB. § 346 HGB. nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsgepflogenheit zu bestimmen und dem Beklagten zu gestatten gewesen wäre, dem Kläger eine angemessene Frist zur Erklärung zu bestimmen. Vielmehr sollte im vorliegenden Falle dem Kläger die Vorhand vor anderen Kauflustigen in der Weise gesichert werden, daß der Beklagte, bevor er Dritten zu einem höheren Preise verkaufte, die Ware dem Kläger zu diesem höheren Preise anzubieten hatte. Die Annahmefrist für den Kläger bestimmte sich dann nach den Vorschriften über die Annahme eines Antrags auf Schließung eines Vertrags. Eine derartige Sicherung der Vorhand kann als Einräumung eines Vorkaufsrechts bezeichnet werden. Es ist aber nicht ein Vorkaufsrecht im Sinne des § 504 BGB., das einen mit einem Dritten bereits abgeschlossenen Kaufvertrag voraussetzt. Deshalb war dem Kläger nicht eine Annahmefrist von einer Woche gemäß § 510 BGB. gegeben, die mit dem Interesse des Verkäufers nur deshalb vereinbar ist, weil für ihn der Verkauf auf alle Fälle infolge des Kaufvertrages mit dem Dritten gesichert ist. Im vorliegenden Falle müssen auch sinngemäß die kurzen Fristen des § 147 BGB. zur Anwendung kommen, die im Interesse des Anbietenden gegeben sind, um dessen einseitige Bindung soweit abzukürzen, als dies mit der dem Angebotempfänger zu gewährenden Möglichkeit der Annahme vereinbar ist.

Mit Unrecht greift die Revision die Annahme des Ber.-Gerichts an, daß der Beklagte den Eingang der Antwort auf seinen Vertragsantrag vom 19. Nov. spätestens am 22. Nov. mit der ersten Postbestellung unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte. Der Brief ist nach der eigenen Behauptung des Klägers am 21. Nov. morgens in Saarbrücken angekommen. Daß der Kläger damals in Trier sich befand, war dem Beklagten unbekannt und kommt daher nicht in Betracht. Wäre der Kläger in Saarbrücken gewesen, so hätte er, wie das Ber.-Gericht mit Recht annimmt, da eine längere Zeit zur Überlegung in Anbetracht der vorausgegangenen Verhandlungen nicht erforderlich war, die Antwort auf den Brief im Laufe des 21. Nov. so zeitig zur Post geben müssen, daß sie, auch wenn sie brieflich erfolgte, unter Berücksichtigung der damals zwischen Wittlich und Saarbrücken bestehenden Postverbindung spätestens mit der ersten Briefbestellung am 22. Nov. dem Beklagten zugehen mußte. Daß das nach der eigenen Angabe des Klägers von ihm am 22. Nov. in Trier vormittags zwischen 10 und 11 Uhr aufgegebene Telegramm dem Beklagten später zugegangen ist, als die erste Briefbestellung in Wittlich erfolgte, ist selbstverständlich, da, wie allgemein bekannt, die erste Briefbestellung in Städten, wie Wittlich, vor 10 Uhr vormittags erfolgt, und bedurfte nicht der besonderen Feststellung.



Darnach hat das Ber.-Gericht ohne Gesetzesverletzung angenommen, daß der Vertragsantrag des Beklagten vom 19. Nov. mangels rechtzeitiger Annahme erloschen ist."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 30. Mai 1919. F. w. R. (OLG. Cöln). II. 11/19.

---

160. Unterschied zwischen Verkehrssitte und allgemeiner Auffassung gewisser Fachkreise; Unverbindlichkeit der letzteren für außerhalb der Kreise Stehende.

BGB. §§ 157. 242.

Aus den Gründen des Reichsgerichtsurteils:

„Das Ber.-Gericht stellt auf Grund der R.schen Gutachten fest, daß sich im Berliner Grundstücksverkehr im Jahre 1912 die allgemeine Auffassung gebildet habe, es werde durch die vertragmäßige Festsetzung der Rechtsfolgen der Nichterfüllung der Vertragpflichten die weitere Haftung ausgeschlossen. Daran fügt es den Satz: „Die oben dargelegte Auslegung stimmt also mit der Berliner Verkehrssitte im Grundstücksverkehr überein." Zutreffend bemängelt die Revision die Entnahme einer Verkehrssitte aus den R.schen Gutachten. Die Verkehrssitte stellt keine Rechtsnorm dar; sie ist vielmehr die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung (RGEntsch. 49, 162; 55, 377) und setzt daher ein häufigeres Vorkommen in einem verhältnismäßig längeren Zeitraum voraus. Hat sich durch häufigeres Vorkommen während eines solchen Zeitraums eine tatsächliche Übung entwickelt, von der man sagen kann, daß sie den Verkehr beherrscht, ihm ein bestimmtes Gepräge verleiht, so wird mit Recht angenommen, daß eine Partei dagegen nicht geltend machen könne, ihr sei die Verkehrssitte nicht bekannt gewesen (RGEntsch. 69, 125; Gruchot 59, 915). Es kann auch zugestanden werden, daß in der Regel etwas nur dann als Verkehrssitte angesprochen werden kann, wenn es zur allgemeinen Auffassung geworden ist. Aber es geht nicht an, wie vom Ber.-Gericht geschehen, Verkehrssitte und allgemeine Auffassung ohne weiteres einander gleichzustellen. Das, was der Sachverständige R. im vorliegenden Falle als allgemeine Auffassung begutachtet hat, stellt nach seinen eigenen Angaben unbedenklich sich nicht oder noch nicht als Verkehrssitte dar. Denn er sagt selbst: „Da diese Fälle immerhin nicht so häufig vorkommen, kann man aber von einem Ortsgebrauch, der sich herausgebildet haben soll, nicht sprechen." Daß er bewußt einen Unterschied zwischen (örtlicher) Verkehrssitte und allgemeiner Auffassung macht, ergibt sich zudem klar aus seinem Nachtragsgutachten, wo er davon spricht, daß eine allgemeine Auffassung im Grundstücksverkehr sich nicht durch feststehende Tatsachen, wie bei einem Ortsgebrauch beweisen lasse, sondern nur durch Umfrage in den beteiligten Kreisen festgestellt werden könne, wozu sich am besten die Grundstücks- und Hypotheken-

makler, die derartige Verträge vermitteln, sowie Grundstückshändler eignen. Diesen Weg habe er denn auch beschritten. Hieraus ergibt sich zweifelsfrei, daß es sich nicht um eine den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung handelt, die, mangels ausdrücklicher anderweitiger Vereinbarung, jeden, der auch nur gelegentlich einmal ein derartiges Geschäft abschließt, bindet, sondern um ein Urteil, das sich in den Kreisen der Fachgenossen gebildet hat. Mag diese Auffassung in diesen Fachkreisen auch eine allgemeine sein, so irrt doch das Ber.-Gericht, wenn es gegenüber der Behauptung der Beklagten, ihr sei jene allgemeine Auffassung nicht bekannt gewesen, entgegenhält, daß bei der Ermittelung desjenigen, was Treu und Glauben erfordern, die allgemeine Auffassung auch dann zu berücksichtigen sei, wenn sie den am Rechtsgeschäft Beteiligten nicht bekannt war. Dieser Grundsatz gilt zwar für die Verkehrssitte, nicht aber für den hier vom Sachverständigen festgestellten Fall einer „allgemeinen Auffassung", die keine allgemeine, sondern nur eine allgemeine gewisser Fachkreise ist und daher außerhalb dieser Stehende aus dem Gesichtspunkt der Wahrung von Treu und Glauben nicht binden kann."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 21. Mai 1919. Sch. w. K. (Kammergericht Berlin). V. 50/19.

---

161. Allgemeine Bedingungen bestimmter Berufsgenossen als Vertragsinhalt.

BGB. § 157.

Die Klägerin beanspruchte Ersatz für zwei abhanden gekommene Kisten, die sie dem Beklagten zum Transport nach der Bahn übergeben hatte. Der Beklagte berief sich auf die allgemeinen Bedingungen der Rollfuhrunternehmer in H., nach denen er nur in beschränktem Umfange für den Schaden aufzukommen haben würde, und zwar auch nur, wenn die Klägerin ein Verschulden des Beklagten oder seiner Leute am Verlust der Güter nachweise. Die Klage hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„. . . Auf die „allgemeinen Bedingungen der Rollfuhrunternehmer Hamburgs und Umgegend", nach denen die Beweislast der Klägerin obliegen, der Anspruch der Klägerin auf Schadenersatz auch nur in sehr beschränktem Umfang begründet, ja sogar verjährt sein würde, kann der Beklagte sich nicht berufen. Daß sie ausdrücklich zum Vertragsinhalt gemacht seien, behauptet er selbst nicht. Es erhellt auch nicht, daß in der im Nov. 1917, also kurz vor dem fraglichen Auftrag, begonnenen Geschäftsverbindung der Parteien sie irgendwie zwischen den Parteien zur Sprache gekommen wäre. Der Behauptung, daß auf allen der Klägerin gesandten Schreiben, Rechnungen usw. auf sie hingewiesen sei, steht entgegen, daß die Klägerin zwei auf jene ganze Zeit sich beziehende Rechnungen des Beklagten vorgelegt hat, wo das nicht der Fall ist. Die Eideszuschiebung, daß Klägerin „noch andere" Schriftstücke

mit einem solchen Hinweis von dem Beklagten erhalten habe, ist zu unbestimmt, um Beachtung zu finden. Wenn der Beklagte mehrfach, zuletzt im Nov. 1916, eine öffentliche Erklärung erlassen hat, daß die allgemeinen Bedingungen für seine Verträge maßgebend seien, so ist das gleichgültig; und ebenso, ob sich an jene Erklärung eine ganze Reihe anderer Rollfuhrunternehmer und sogar die meisten oder fast alle beteiligt haben. Selbst wenn Klägerin diese Erklärung gekannt hat, so würde ihr es wohl Anlaß gegeben haben, im Nov. 1917 zu erwarten, daß Beklagter sie bei ihren ersten Auftragerteilungen auf jene Bedingungen aufmerksam machen würde. Ohne weiteres wurden sie für sie nicht bindend. Der Beklagte kann nicht einmal behaupten, daß alle Rollfuhrunternehmer sich ständig an sie halten und die veröffentlichte Erklärung zeigt, daß nicht einmal alle diejenigen, die dort unterzeichnet haben, sie überall anwenden. Die Eideszuschiebung darüber, daß Klägerin gewußt habe, daß die Bedingungen ganz allgemein von den Rollfuhrunternehmern Hamburgs gestellt würden, ist deshalb gegenstandslos.

Anders ist die Sache bei den Bedingungen der großen öffentlichen Verkehrsanstalten, die eine unübersehbare Reihe von Verträgen durch eine große Zahl von Vertretern nach bestimmten Vorschriften abschließen und bei denen daher jeder vernünftige Mensch damit rechnet, daß sie ihre bestimmten allgemeinen Bedingungen haben und strikt durchführen. Anders mag es auch sein bei den einen gewaltigen Verkehr beherrschenden privaten Vereinigungen, die, geschlossen nach außen hin, ihre Bedingungen verkünden und durch Verpflichtung ihrer Mitglieder oder sonst dafür sorgen, daß sie ständig angewendet werden, und bei denen sich das Publikum allmählich allgemein so daran gewöhnt hat, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Kenntnis des Bestehens der Bedingungen und des jedesmaligen Willens der Vereinsmitglieder, sie zur Geltung zu bringen, von dem anderen Vertragschließenden erwartet werden muß. Hier aber handelt es sich um ein, wenn auch gemeinschaftliches Vorgehen anscheinend unorganisierter Berufsgenossen, bei denen eine ständige gleichmäßige Durchführung nicht verbürgt ist und deren einzelner Tätigkeitskreis meist nicht so groß und verwickelt ist, daß die Abschlüsse nicht leicht unter ihrer unmittelbaren Überreichung und steter Berücksichtigung der Einzelverhältnisse erfolgen könnten, und bei denen daher ein ausdrücklicher Hinweis auf das Bestehen „allgemeiner Bedingungen" nicht als überflüssige Kleinigkeit erscheint."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 28. Juni 1919. C. J. w. Preuß. Eisbahndir. Bf. VI 443/18. Nö.

162. Wirksamkeit der Abtretung einer dem Eigentümer zustehenden Höchstbetragshypothek seitens des Gläubigers durch Genehmigung; Formfreiheit der Genehmigung.

Vgl. 67 Nr. 159.

BGB. §§ 1163. 1177. 1154. 185. Abs. 1, 182 Abs. 2.

Die Frau S. übernahm der Beklagten gegenüber für den von dieser der Firma O. & Co. einzuräumenden Kredit bis zur Höhe von 50000 M Bürgschaft, wofür ihr O. & Co. durch Eintragung einer Höchstbetragssicherungshypothek von 50000 M Sicherheit bestellten. Im Januar 1910 entließ die Beklagte die Frau S. aus der Bürgschaft, und Frau S. trat die für sie eingetragene Sicherungshypothek an die Beklagte ab; die Hypothek wurde auf die Beklagte umgeschrieben. Nachdem O. & Co. in Konkurs verfallen war, nahm der Kläger als Konkursverwalter die Sicherungshypothek von 50000 M für die Konkursmasse in Anspruch, weil bis zur Abtretung der Hypothek an die Beklagte keine Forderung der Frau S. an O. & Co. entstanden gewesen sei, die Hypothek mithin als Eigentümergrundschuld der Firma O. & Co. zugestanden und die Abtretung seitens der Frau S. keine dingliche Wirkung erzeugt habe. Der auf Löschung der Hypothek gerichteten Klage wurde in zwei Instanzen stattgegeben. Das Reichsgericht wies die Klage ab. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Nach den tatsächlichen Feststellungen des Ber.-Gerichts, wonach zur Zeit der Abtretung der angeblichen Sicherungshypothek durch Frau S. feststand, daß eine durch die Hypothek gesicherte Forderung der Frau S. nicht zur Entstehung gelangt war und nicht zur Entstehung gelangen werde, ist die Annahme des Ber.-Gerichts, daß gleichzeitig mit der Abtretung eine endgültige Eigentümergrundschuld entstanden sei, nicht zu beanstanden. Zufolge Nichtentstehung der Forderung stand die Hypothek nach §§ 1163. 1177 BGB. der Gemeinschuldnerin als Grundschuld zu. Dagegen ist die Ansicht des Ber.-Gerichts, daß durch die schriftliche Abtretungserklärung der Frau S. und durch die hierauf erfolgte Eintragung der Abtretung im Grundbuche zugunsten der Beklagten an diesem Rechtszustande nichts geändert sei, rechtsirrig.

Aus dem zu den Akten überreichten Schriftwechsel entnimmt das Ber.-Gericht bedenkenfrei, daß die Gemeinschuldnerin mit Frau S. unter Beitritt der Beklagten vereinbart habe, sie solle Zug um Zug gegen Rückgabe ihres Bürgschaftsscheines die Hypothek an die Beklagte abtreten. Diese Abtretung sollte erfolgen, damit der Beklagten wegen ihrer Darlehnsforderungen in Höhe von 50000 M weitere Sicherheit verschafft werde.

Als Frau S. die Abtretungserklärung erteilte, verfügte sie zwar als Nichtberechtigte über die Grundschuld, da sie aber mit der Zustimmung des Berechtigten die Erklärung abgab, so wurde ihre Verfügung gemäß § 185 Abs. 1 BGB. wirksam. Die Einwilligung der Gemeinschuldnerin bedurfte aber nach § 182 Abs. 2 BGB. keiner Form. Es handelt sich hier nicht um

formale, dem Grundbuchrichter zu erbringende Nachweise, wenn er eine Eintragung vornehmen soll, sondern um Anwendung des materiellen Rechts, das, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, auch für dingliche Rechtsgeschäfte keine Form erfordert.

Damit ist die Grundschuld auf die Beklagte übertragen. Diese Übertragung entspricht auch dem wahren Willen der Beteiligten. Aus den Feststellungen des Ber.-Gerichts ergibt sich, daß alle Beteiligten, insbesondere die Gemeinschuldnerin und die Beklagte bei ihren Handlungen und Erklärungen bezweckten, den an der maßgebenden Rangstelle haftenden dinglichen Schutz der Beklagten durch die Abtretung zu verschaffen. Ob sich dabei die Beteiligten über die Rechtslage im einzelnen klar waren, ist unerheblich. Auch eine Grundschuld kann zur Sicherung einer Forderung dienen.

Der Eigentümer könnte somit aus § 894 BGB. wohl die Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß die Hypothek in eine Grundschuld für die Beklagte umgeschrieben werde, nicht dahin, daß die Umschreibung auf ihn selbst oder die Löschung erfolge. (Vgl. RGEntsch. 54, 365 ff.)"

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 3. Mai 1919. Disk.Ges. w. G. (OLG. Frankfurt). V. 351/18.

---

163. Keine Haftung des Käufers für culpa in contrahendo*; Begriff des Spezieskaufs; Vertrag auf eine unmögliche Leistung.

BGB. §§ 276. 243. 433. 306.

*Vgl. folg. Nr.

Am 14. Nov. 1914 bot der Beklagte dem Kläger 20000 kg durchwachsenen Rückenspeck bis Montag, den 16. Nov. 1914, nachmittags 4 Uhr zum Kaufe an mit dem Hinzufügen: „Den Besichtigungsschein stelle ich Ihnen Montag früh sofort nach Erhalt zu." Am Montag vormittag erhielt der Kläger einen Besichtigungsschein zugestellt, inhaltlich dessen die Ware bei H., am Hafentor lagere. Kläger stellte fest, daß die angestellte Ware daselbst nicht vorhanden sei, nahm jedoch die Offerte des Beklagten vor Ablauf der Antragsfrist an und setzte am folgenden Tage dem Beklagten eine Nachfrist bis zum 26. Nov. 1914 mit der Erklärung, daß er nach deren fruchtlosem Ablauf die Annahme der Leistung ablehnen werde. Eine vom Beklagten angebotene andere Ware wies der Kläger als nicht vertragmäßig zurück. Er klagte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Betrage von 1600 ℳ. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Kläger hat das Angebot des Beklagten, das sich auf den Abschluß eines Kaufvertrags über eine bestimmt bezeichnete Ware zu bestimmtem Preise richtete, unstreitig innerhalb der von dem Antragenden selbst festgesetzten Frist angenommen. Beide Teile haben den Willen erklärt, ein Rechtsgeschäft dieses Inhalts zu tätigen. Von mangelnder Willensübereinstimmung kann nicht geredet werden. Gleichwohl hat der erste Richter das Zustande-

kommen eines Vertrages verneint: Dem Kläger sei erkennbar gewesen, daß eine bei H., am Hafentor lagernde Ware angeboten werde. Er habe festgestellt, daß solche Ware dort nicht vorhanden sei. Gleichwohl habe er, obgleich er darnach einen Irrtum oder ein Versehen auf seiten des Beklagten habe annehmen müssen, den Antrag angenommen. Das sei mit Treu und Glauben und anständiger Verkehrssitte nicht in Einklang zu bringen. Wie Verträge nach Treu und Glauben auszulegen seien, so könne jemand aus einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Annahme eines Angebots keine Rechte herleiten. Ein Vertrag sei nicht zustande gekommen. Diese Ausführungen sind rechtsirrtümlich.

Daß der in Rede stehende Vertrag seinem Inhalte nach sittenwidrig sei, also nach Zweck, Inhalt und Beweggrund beiderseitig gegen die guten Sitten verstoße, kann der Sachlage nicht entnommen werden und wird von keiner Seite behauptet. Ein für den Abschluß eines an sich nicht sittenwidrigen Vertrages ursächliches sittenwidriges Verhalten oder „Verschulden" einer Partei kann logischerweise nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung, etwa nach § 826 BGB., auslösen. Die Anwendung des § 276 BGB., Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit, setzt das Bestehen eines Vertragverhältnisses voraus, das Bestehen einer Rechtspflicht und ihre Verletzung. Ein Vertrag bestand aber derzeit noch nicht. Für eine Verpflichtung, den anderen Teil über wesentliche, den Inhalt des beabsichtigten Vertrages betreffende und für seinen Abschluß erkennbarerweise erhebliche Umstände aufzuklären, war ein Rechtsgrund nicht vorhanden. Eine solche verletzbare Rechtspflicht ist bei Kaufverhandlungen in der Rechtsprechung (RGEntsch. 88, 103) hinsichtlich des Verkäufers dann ausnahmsweise angenommen worden, wenn zwischen den Vertragschließenden zur Zeit des Abschlusses ein Vertrauensverhältnis bestand. Das gleiche wird unter ähnlicher Voraussetzung vom Käufer zu gelten haben. Im vorliegenden Falle lassen die vorgetragenen Tatsachen nicht erkennen oder auch nur mutmaßen, daß ein solches Vertrauensverhältnis, etwa infolge längerer Geschäftsverbindung, bestanden habe. Derartiges ist auch nicht behauptet worden.

Aus einem gegen Treu und Glauben verstoßenden, sittenwidrigen Verhalten des Klägers vor dem Vertragabschluß könnten daher unter Umständen Schadenansprüche des anderen Teils hergeleitet werden. Der Abschluß selbst wird aber dadurch nicht berührt. Es ist daher davon auszugehen, daß ein Vertrag zwischen den Parteien in der Tat zustande gekommen ist.

Das Vertragangebot selbst richtete sich auf den Verkauf von 20000 kg mageren durchwachsenen Rückenspeck, also auf eine nur der Gattung nach bestimmte Leistung. Das Angebot verwies aber ausdrücklich auf einen Besichtigungsschein, der in der Frühe des Tages, an dem nachmittags um 4 Uhr die für die Annahme des Angebots gesetzte Frist ablief, nachgesandt werden sollte. Diese Nachsendung ist unstreitig erfolgt, und der so dem Kläger be-

händigte Besichtigungsschein verwies darauf, daß die Ware an einer bestimmt bezeichneten Stelle bei H., am Hafentor lagere. Durch diesen Nachtrag wurde das Vertragangebot vervollständigt. Das Angebotschreiben muß daher mit diesem Nachtrag zusammen einheitlich bewertet werden und konnte vom Kläger auch nur so verstanden werden. Darnach bezog sich das Vertragangebot zwar an sich auf eine nur der Gattung nach bestimmte Leistung, die indessen ein weiteres, außerhalb der Gattung überhaupt liegendes, rein örtliches Merkmal hinzugefügt erhielt: es wurde nunmehr endgültig eine ganz bestimmte Ware, nämlich aus der ganzen Gattung derjenige Teil angeboten, der sich nach der Annahme des Beklagten an einem ganz bestimmten Orte befand. Folglich richtete sich das Angebot des Beklagten auf den Kauf einer bestimmten, nicht nur der Gattung nach umschriebenen Ware, also einer Spezies.

Daß solche Ware sich zur Zeit des Abschlusses nicht an Ort und Stelle befand, hat der Kläger selbst festgestellt und vorgetragen. Mithin richtete sich der von den Parteien getätigte Kaufvertrag auf eine unmögliche Leistung. Daraus ergibt sich die Nichtigkeit nach § 306 BGB. und der Klage ist der Boden entzogen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 15. Mai 1919. E. w. G. u. D. Bf. III. 276/15. B.

---

164. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragschluß.

Vgl. oben Nr. 163.
BGB. §§ 276. 179. 307. 309. 463. 694.

I.

Die Beklagte wurde auf Ersatz der Mehrkosten in Anspruch genommen, die bei der Ausführung der in ihrem Auftrage vorgenommenen Rohrverlegungsarbeiten gegenüber den Sätzen des Verdingungsanschlags dadurch erwachsen waren, daß der Unternehmer die Rohre in einer größeren Tiefe unter der Erdoberfläche hatte verlegen müssen, als nach den von der Beklagten angegebenen Maßen über die Straßenhöhe beim Vertragschluß angenommen worden war. Die Ersatzpflicht der Beklagten wurde festgestellt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält zwar keine allgemeine Vorschrift, wonach ein Vertragteil für Verschulden beim Vertragschluß einzustehen hätte. Es lehnt diese Haftung aber auch nicht grundsätzlich ab. Bei ungültigen Verträgen ist vielmehr in §§ 179. 307. 309 ausdrücklich ein Schadenersatzanspruch für culpa in contrahendo, beschränkt auf das negative Vertragsinteresse bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses, gegeben. Aber auch bei gültigen Verträgen hat das BGB. in §§ 463 Satz 2, 694 Haftung für Verschulden beim Vertragschluß anerkannt. Die Haftung für Verschulden beim Vertragschluß ist daher dem BGB. keineswegs unbekannt. Die Bedürfnisse des redlichen Verkehrs und der das ganze Vertragsrecht beherrschende

Grundsatz von Treu und Glauben lassen aber auch die rechtliche Anerkennung der vertraglichen Haftung für Verschulden beim Vertragschluß als unentbehrlich erscheinen, wenn ein Vertrag gültig geschlossen worden ist und eine Partei beim Vertragschluß Umstände, von denen sie wußte oder sich sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen Teiles von wesentlicher Bedeutung seien, fahrlässigerweise verschwiegen oder darüber unrichtige Angaben gemacht hat. Es ist kein stichhaltiger Grund erkennbar, weshalb die Vertragparteien beim Vertragabschluß einander zu einer geringeren Sorgfalt verpflichtet sein sollen als nach Vertragabschluß. Der Vertragabschluß und die Vertragerfüllung bilden ein einheitliches Ganzes. Kommt es zum gültigen Vertragschluß, so muß jeder Teil darauf vertrauen können, daß seine Vertragsinteressen nicht gegen Treu und Glauben von dem anderen Teile mißachtet worden sind oder demnächst mißachtet werden. Sieht er sich in diesem Vertrauen durch schuldhaftes Verhalten des anderen Teiles getäuscht, so kann ihm ein Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens nicht versagt werden. In ähnlichem Sinne hat sich auch schon der III. Zivilsenat in dem Urteile vom 26. April 1912 (JW. 1912, 743) ausgesprochen und Haftung für fahrlässiges Verschweigen von Tatsachen beim Vertragschluß, die für den Willensentschluß des anderen Vertragteils bedeutsam sind, anerkannt. Was aber von fahrlässigem Verschweigen solcher Tatsachen gilt, muß gleichmäßig auch von fahrlässig falschen positiven Angaben über solche Umstände gelten.

Hat hiernach die Beklagte dem Unternehmer den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die fahrlässig unrichtige Straßenhöhenangabe entstanden ist, so besteht der Schadenersatz in Anwendung des § 249 BGB. darin, daß der Zustand herzustellen ist, der bestanden hätte, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand — die unrichtige Angabe der Straßenhöhe — nicht eingetreten wäre; m. a. W. der Vergütung für die geleisteten Arbeiten sind die Einheitssätze zugrunde zu legen, die der Unternehmer damals veranschlagt hätte, wenn ihm die richtige Entfernung der Straßenoberkante von der feststehenden Rohrsohlentiefe bekannt gewesen wäre. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 24. Sept. 1918. Bankverein f. Schl.-Holst. w. Stadtgem. S. (Kammergericht). VII. 95/18. Auch in Entsch. Bd. 95 Nr. 20 S. 58.

II.

Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„. . . Gewiß ist die Ansicht des Ber.-Gerichts richtig, daß keinem Vertragteil zugemutet werden kann, sorgfältig die Interessen des Gegners wahrzunehmen. Das ist selbstverständlich dessen eigene Sache, und jeder Vertragschließende hat die Augen offen zu halten, um sich vor Schaden zu bewahren. Damit ist für die Frage, ob ein Vertragteil für Verschulden beim

Vertragsschluß zu haften habe, nichts gewonnen. Das Reichsgericht hat in der Rechtsprechung der letzten Jahre diese Frage mit steigendem Nachdruck bejaht (JW. 12, 843; RG. 95, 58). Auf die Darlegungen in dem letzteren Urteil, denen der Senat beitritt, wird verwiesen. Es kommt auf die Gestaltung des einzelnen Falles an, ob ein Vertragschließender nach Treu und Glauben und nach den Anforderungen des redlichen Verkehrs von dem andern erwarten darf, daß er ihm keine falschen Angaben mache und keine Umstände vorenthalte, die erkennbar auf seinen Entschluß, ob er den Vertrag abschließen solle oder nicht, von wesentlichem Einfluß sein könnten. Ist die Sachlage von solcher Art, so besteht für den anderen Teil die Rechtspflicht, jenem die für ihn bedeutsamen Tatsachen kundzumachen. Dies gilt ganz besonders, wenn ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht, auf das der eine Teil sich verläßt und verlassen darf. . . ."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 26. Mai 1919. L. w. J. u. Gen. (OLG. München). VI. 97/19.

---

165. Ersatzanspruch bei Unmöglichkeit der Leistung.

Vgl. 72 Nr. 94; 73 Nr. 153, 219.
BGB. § 281.

„Bekl. hatte der Kl. Ware verkauft, aber nicht geliefert, weil die Ware in Lissabon ausgeladen und dann mangels weiterer Transportmöglichkeit verkauft worden war. Kl. beanspruchte den von der Bekl. erzielten Mehrerlös und drang damit durch. Aus den Gründen:

Es kommt darauf an, ob die Voraussetzungen des § 281 BGB. gegeben sind. Beklagte verneint das mit dem Hinweis darauf, daß — da sie die Ware auf Grund freien Entschlusses anderweitig verwertet habe — es an der Identität des die Unmöglichkeit verursachenden und des Gewinn bringenden Ereignisses im Sinne des § 281 BGB. fehle. Es bedarf nun im vorliegenden Falle keines Eingehens darauf, ob in der Tat dem Gläubiger nach dem Sinne des § 281 ein derartiger, durch eigenes willkürliches Handeln dem Schuldner erwachsener Vorteil nicht herauszusehen ist (vgl. dazu Enneccerus, BGB. § 269 S. 129 Anm. 9). Denn so wie die Sache hier liegt, steht die Anhaltung der Ware in Lissabon, also der im Endeffekt die Vertragserfüllung unmöglich machende Umstand und die Veräußerung der Ware durch die Beklagte in einem wirtschaftlich untrennbaren Zusammenhang; die Veräußerung der Ware stellt sich nicht als ein selbständiger, willkürlicher Entschluß des Verkäufers, sondern als eine von ihm selbst, angesichts der ganzen Sachlage mit Recht für notwendig gehaltene Maßregel dar. Beklagte hat selbst vorgetragen: sie habe nur so gehandelt wie jeder verständige Kaufmann im beiderseitigen Interesse handeln soll, wenn ihm Gelegenheit gegeben sei, durch anderweitige Verwertung der Ware, wenigstens zu jener Zeit, einen in seinem Ausgang unabsehbaren Prozeß zu vermeiden; sie hat darauf hingewiesen, daß die Ware

andernfalls inzwischen längst zugrunde gegangen wäre. Beklagte selbst erkennt somit an, daß die Veräußerung der Ware eine, für jeden verständigen Kaufmann durch die Umstände gebotene Maßregel gewesen sei. Damit ist aber wirtschaftlich der Zusammenhang zwischen dem Liegenbleiben der Ware in Lissabon, als dem die Unmöglichkeit der Lieferung verursachenden Umstand und der Veräußerung als der Ursache des Ersatzes gegeben, d. h. Beklagte hat, wenngleich es formell eines selbständigen Verkaufsentschlusses bedurfte, wirtschaftlich betrachtet, den Erlös der Ware infolge ihres Liegenbleibens in Lissabon erlangt. Der Fall liegt also in allem Wesentlichen ebenso wie der von RGEntsch. 92, 260 erwähnte Fall, nur daß dort, wenn die Ware von dem Verkäufer nicht freiwillig in England veräußert wäre, sie ohne Zweifel von den Engländern in Anspruch genommen worden wäre. Für die ursächliche Betrachtung aber kann es keinen Unterschied machen, ob der formell selbständige Verkaufabschluß unter dem Drucke äußerer Verhältnisse, wie es das zu erwartende Einschreiten der englischen Behörde in jenem Falle war, erfolgte oder ob er erfolgte, weil er wie hier, nach sachgemäßer kaufmännischer Auffassung, aus praktischen Gründen sich als notwendig darstellte; so wenig wie in jenem Falle, steht in diesem der Umstand, daß die Beklagte den Ersatz als Kaufpreis auf Grund eines von ihr abgeschlossenen Vertrags erlangt hat, der Auffassung entgegen, daß die nämliche Ursache, die die Lieferung für Beklagte unmöglich machte, in ihrer weiteren Wirkung der Beklagten den Ersatz zugeführt hat.

Diese Auffassung entspricht auch allein der Billigkeit; ebenso wie Beklagte, da Klägerin die Gefahr der Ware zu tragen hatte, im Falle eines Mindererlöses den vollen Kaufpreis aus dem Gesichtspunkte hätte verlangen können, daß der Verkauf im beiderseitigen Interesse notwendig gewesen sei, so muß Klägerin auf der anderen Seite auch den erzielten Gewinn für sich in Anspruch nehmen können."

Urteil des OLG. zu Hamburg (4. Sen.) v. 9. Mai 1919. W. & V. w. H. D. & Co Bf. IV. 151/18. Nö.

---

166. Entgeltlicher Vertrag zwischen Brautleuten über eine von dem Bräutigam der Braut für die Aufgabe ihrer festen Lebensstellung zu gewährende Entschädigung.

Vgl. 70 Nr. 212.

BGB. §§ 320. 516. 1297.

Der Kläger, ein Sohn des 1918 verstorbenen Theodor S., erhob gegen die Beklagte als alleinige Erbin seines Vaters einen Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen einer der Beklagten von dem Erblasser im März 1914 gemachten angeblich unentgeltlichen Zuwendung von 30000 M. Die Beklagte, die sich im Januar 1914 mit dem Erblasser verlobt hatte, hatte am 14. März 1914 mit dem Erblasser einen notariellen Vertrag geschlossen, in dem sie sich ver-

pflichtete, bis zum 1. April 1914 ihre Entlassung aus dem Staatsdienste, in dem sie als Eisenbahnassistentin auf Lebenszeit angestellt war, nachzusuchen, während der Erblasser versprach, sie durch Zahlung von 30000 ℳ für die ihr aus der Aufgabe des Staatsdienstes erwachsenden Nachteile voll zu entschädigen. Die Beklagte hatte zum 1. Mai 1914 ihre Entlassung aus dem Staatsdienst erhalten und am 27. Juni 1914 die Ehe mit dem Erblasser geschlossen. Die Parteien stritten darüber, ob die Zuwendung der 30000 ℳ an die Beklagte entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt sei. Das Landgericht gab der Klage statt, das OLG. wies die Klage ab. Die Revision war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Revision sucht darzulegen, daß die Zuwendung an die Beklagte keine entgeltliche gewesen sei, weil die Beklagte die Verpflichtung zur Aufgabe der Staatsstellung bereits mit der Eingehung des Verlöbnisses, also vor dem Abschluß des Vertrages vom 16. März 1914, übernommen gehabt habe. Sie weist in dieser Beziehung darauf hin, daß die Beibehaltung der Anstellung der Beklagten im Ministerium in Stuttgart mit ihrer Eheschließung mit dem in Blaubeuren als Kaminfegermeister angestellten und dort wohnhaften Erblasser nicht wohl vereinbar gewesen sei, die Beklagte daher mit der Abgabe des Eheversprechens sich bereits zur Aufgabe ihrer Beamtenstellung bereit erklärt habe. Diese Auffassung entspricht auch dem eigenen Vortrage der Beklagten, wonach sie zunächst sich den Bewerbungen des Erblassers gegenüber längere Zeit hindurch lediglich aus dem Grunde ablehnend verhalten haben will, weil sie Bedenken trug, ihre gesicherte, pensionsberechtigte Anstellung im Staatsdienst aufzugeben, sie also selbst davon ausgegangen ist, daß ihre Eheschließung mit dem Erblasser die Aufgabe ihrer Beamtenstellung voraussetze. Wenn sie sich demnächst gleichwohl mit dem Erblasser verlobt hat, so würde darin allerdings die Erklärung, ihre Anstellung zur Ermöglichung der Eheschließung aufgeben zu wollen, zu finden sein. Daraus folgt aber nicht, daß die Zuwendung in dem Vertrage vom 16. März 1914 keine entgeltliche gewesen ist. Das Ber.-Gericht hat festgestellt, daß die Beklagte sich nicht ohne Sicherstellung für alle Zukunft durch einen entsprechenden unentziehbaren Vermögensersatz zur Aufgabe ihrer Stellung behufs Eheschließung mit dem Erblasser habe entschließen wollen. Hat hiernach die Beklagte ihre in der Eingehung des Verlöbnisses zu findende Bereitwilligkeit zur Aufgabe ihrer Beamtenstellung nur gegen Zusage einer entsprechenden Entschädigung erklärt, so handelte es sich bei dem Abschlusse des Vertrages vom 16. März 1914 nicht um eine nachträgliche Zuwendung an die Beklagte für das Versprechen der Erfüllung einer von ihr mit dem Verlöbnis bereits unbedingt eingegangenen Verpflichtung, sondern um die Beurkundung einer Verpflichtung des Erblassers, von deren Übernahme die Beklagte von vornherein die Aufgabe ihrer Stellung abhängig gemacht hatte, und die also von Anfang an die Gegenleistung für das Ausscheiden aus dem

Staatsdienste bilden sollte. Die Sache liegt also wesentlich anders als in dem vom Urteile des erkennenden Senats vom 19. April 1917 (JW. 1917, S. 848) entschiedenen Falle, in dem die der Braut am Tage vor der Eheschließung gemachte Zuwendung als unentgeltliche angesehen worden ist, weil das Gegenversprechen der Braut sich lediglich in der Zusage erschöpft habe, ihre Pflichten als Ehefrau erfüllen zu wollen.

Aber auch wenn der Erblasser bei dem Vertragschlusse nicht in Erfüllung eines vor oder bei Eingehung des Verlöbnisses abgegebenen Versprechens gehandelt, er sich vielmehr erst nachträglich dazu entschlossen haben sollte, die Beklagte für die durch die Eheschließung erforderte Aufgabe ihrer Beamtenstellung und ihrer damit verbundenen, ihre Zukunft sichernden Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis zu entschädigen, würde der Beurteilung des Vertrages vom 16. März 1914 als eines entgeltlichen kein rechtliches Hindernis im Wege stehen. Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits mehrfach anerkannt worden, daß eine nachträgliche Vergütung für bereits geleistete Dienste, selbst wenn diese ursprünglich unentgeltlich geleistet waren, keine Schenkung zu sein braucht (JW. 1911, 94[16]; 1917, 103[8]; RGEntsch. 72, 188; 75, 325; 94, 159, 322), daß es vielmehr Tatfrage ist, ob im einzelnen Falle eine belohnende Schenkung oder eine nachträgliche Bewilligung oder Erhöhung eines Entgelts für die geleisteten Dienste vorliegt und daß hierfür die Absicht der Beteiligten, aus der heraus die Vergütung gegeben und angenommen wird, maßgebend ist. Die Grundsätze, die für die Beurteilung von Zuwendungen für geleistete Dienste aufgestellt sind, müssen aber auch in solchen Fällen Geltung beanspruchen, in denen Zuwendungen nicht gerade für geleistete Dienste, sondern für Leistungen anderer Art bewirkt oder vereinbart werden. Von diesem grundsätzlichen Standpunkt hat auch das Urteil vom 19. April 1917 (JW. 1917, S. 848) nicht abweichen und keinen allgemeinen Grundsatz dahin aufstellen wollen, daß Verpflichtungen, die zur Zeit des Vertragschlusses über eine Zuwendung schon bestanden haben, nicht das Entgelt für die Leistung bilden können; vielmehr hat in jenem Falle die Annahme eines entgeltlichen Vertrages nur im Hinblick auf die besondere Sachlage abgelehnt werden sollen, da damals, wie bereits erwähnt, das als Gegenleistung für die Zuwendung bezeichnete Versprechen der Braut sich im wesentlichen in der Zusage der treuen Erfüllung der durch die Eheschließung begründeten Pflichten erschöpfte, dem Manne die eheliche Treue zu halten und eine liebevolle Pflege zuteil werden zu lassen. Ob in derartigen Fällen die Beurteilung einer der Braut gemachten Zuwendung als einer entgeltlichen grundsätzlich als ausgeschlossen angesehen werden muß, bedarf zurzeit keiner Nachprüfung. Denn in dem Vertrage vom 16. März 1914 ist die Zuwendung an die Beklagte nicht als eine Vergütung für die Erfüllung allgemeiner aus einer Eheschließung entspringender Pflichten, sondern ausdrücklich als Entgelt für die Aufgabe der aus einer lebenslänglichen Anstellung

begründeten Gehalts- und Pensionsansprüche bezeichnet worden, das der Beklagten als Ausgleich für die aufzugebenden Ansprüche eine Versorgung für ihre Zukunft sichern sollte. Sind aber die Beteiligten bei dem Vertragschluß, wie das Ber.-Gericht feststellt, darüber einig gewesen, daß der Beklagten aus der Aufgabe ihrer Beamtenstellung ein Anspruch auf Zahlung von 30000 ℳ gegen den Erblasser erwachsen, dessen Zahlungsversprechen also die Gegenleistung für die der Beklagten angesonnene Handlung bilden sollte, so war die Zuwendung an die Beklagte keine unentgeltliche, selbst wenn die Einigung über die der Beklagten zu gewährende Vergütung erst nachträglich stattgefunden hat, nachdem die Beklagte bereits durch Eingehung des Verlöbnisses sich zu dem behufs Ermöglichung der Eheschließung erforderlichen Ausscheiden aus dem Staatsdienst bereit erklärt hatte."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 28. Mai 1919. Sch. w. Sch. (OLG. Stuttgart). IV. 97/19.

---

167. Die Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit eines geringen Prozentsatzes der gekauften Waren schließt deren Beanstandung wegen Mangelhaftigkeit eines erheblich größeren Teils der Waren nicht aus.

BGB. §§ 459. 460.

Die Beklagte machte im Rechtsstreit eine Forderung von 5329 ℳ für Weiden geltend, die der Kläger von ihr gekauft, jedoch vertragswidrig nicht abgenommen haben sollte. Der Anspruch wurde für unbegründet erklärt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht verneint das Bestehen der Forderung, weil der Kläger zur Abnahme der Weiden wegen deren Mangelhaftigkeit nicht verpflichtet gewesen sei, und verwirft den Einwand der Beklagten, daß Kläger die Mängel jener Weiden nach § 460 BGB. nicht rügen könne, weil er deren Mangelhaftigkeit beim Vertragsabschluß gekannt habe, mit der Begründung, daß der städtische Gutsverwalter J. die kranken Weiden auf 5% des Gesamtbestandes geschätzt habe, mehr auch der Kläger nicht habe erkennen können, die Beweisaufnahme aber die Unbrauchbarkeit der Weiden in weit größerem Umfange erwiesen habe.

Hiergegen wendet sich die Revision; sie führt aus, daß es für die Anwendung des § 460 BGB. lediglich darauf ankomme, ob der Käufer die Eigenschaften und damit die wirklich vorhandenen Mängel der Ware beim Kaufabschluß gekannt habe, nicht darauf, ob er diese Mängel prozentual richtig geschätzt habe. Dieser Revisionsangriff ist nicht begründet. Voraussetzung der Anwendung des § 460 BGB. ist, daß der Käufer den Mangel, dessen Rüge ihm verwehrt werden soll, in seiner Gesamtheit gekannt hat. Es genügt also der Umstand, daß er beim Kaufabschluß gewußt hat, daß unter der gekauften Ware ein verhältnismäßig geringer Bruchteil mangelhaft ist, nicht, um die Mängelrüge auszuschließen, wenn hinterher sich herausstellt, daß die

Ware in ihrer Gesamtheit oder doch in weit erheblicherem Umfange, als dem Käufer beim Kaufabschluß bekannt war, mangelhaft ist. Handelt es sich zudem, wie im vorliegenden Falle, um den Kauf des gesamten Gutsertrags einer bestimmten Fruchtart, also um den Kauf einer Menge, die erst nachträglich bestimmt werden kann, so wird zu prüfen sein, ob nicht der Kauf als beschränkt anzusehen ist auf denjenigen Teil des Ertrages, der sich nach der Verkehrsanschauung als lieferungsfähig erweist, so daß die Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit eines Teiles der noch auf dem Felde stehenden Frucht zur Anwendung des § 460 BGB. überhaupt nicht führen würde."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 6. Mai 1919. Stadt Berlin w. W. (Kammergericht Berlin). III. 525/18.

168. Unmöglichkeit der Ausnutzung eines Grundstückes infolge behördlicher Maßnahmen.

Vgl. 73 Nr. 223 m. N., 224.
BGB. §§ 581, 537, 323.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Vertrag vom 9. Juli/7. Aug. 1910, durch welchen Klägerin das für ihre Rechnung erbaute Gaswerk der Pentairgas-Aktien-Gesellschaft in Pacht gibt, verfolgte den Zweck, die demnächst in den Vertrag eingetretene Beklagte zur Herstellung von Luftgas instand zu setzen, und die Beklagte hatte durch den Vertrag zu solcher Gaslieferung zugleich die Verpflichtung übernommen. Es unterliegt weiter keinem begründeten Zweifel, daß, nachdem bereits im Oktober 1914 infolge behördlicher Beschlagnahme das zur Herstellung des Pentairgases bisher verwandte Benzin nicht mehr beschafft werden konnte, ab 31. Jan. 1915 auch die Beschaffung von Benzol als Benzinersatz, dessen Verwendung zunächst einen Umbau der Maschinen erforderte, nur zeitweise, nämlich vom 7. Jan. 1916 bis 7. April 1917, gelang, im übrigen aber teils wegen der vorhandenen geringen Mengen nicht erhältlich war, teils infolge der Anordnungen der Heeresverwaltung für Beleuchtungszwecke überhaupt nicht freigegeben wurde, so daß vom 31. Jan. 1915 bis 6. Jan. 1916 und sodann seit dem 8. April 1917 das Gaswerk T. gänzlich stilliegen mußte.

Damit war der Beklagten jede Ausnutzung des lediglich für den Betrieb als Gaswerk eingerichteten, von der Klägerin ihr zu diesem Zwecke verpachteten Grundstücks unmöglich geworden, und wie dem Schreiben der Mineralölversorgungsgesellschaft m. b. H. vom 18. Juni 1919 zu entnehmen ist, besteht die Unmöglichkeit der Beschaffung von Benzol und damit der Verwendbarkeit des verpachteten Gaswerks infolge der umfangreichen und andauernden Arbeitseinstellungen auch nach Beendigung des Kriegszustandes gegenwärtig noch fort.

Nach § 581 BGB. hat der Verpächter dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte während der Pacht-

zeit zu gewähren. Es geht daher zu Lasten des Verpächters, wenn die Gebrauchs- und Fruchtziehungsmöglichkeit aus einem nicht in der Person des Pächters liegenden Grunde wegfällt. Gemäß § 323 BGB. verliert mithin der Verpächter jedenfalls für die Dauer solcher Unmöglichkeit den Anspruch auf die Gegenleistung (RGEntsch. 94, 267 für den im übrigen ähnlich liegenden Fall der Miete einer Benzintankanlage), ein Ergebnis, das gleichermaßen aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. gefordert wird und auf einem die gegenseitigen Verträge beherrschenden allgemeinen Grundsatz beruht, der auch in dem durch § 537 BGB. geregelten Sonderfall einer durch Fehlerhaftigkeit der Mietsache geminderten oder aufgehobenen Tauglichkeit zum Gebrauch in Erscheinung tritt, aber eben nur als Ausfluß jenes allgemeinen Grundsatzes, der mithin nicht erst aus § 537 BGB. abgeleitet zu werden braucht, wodurch zugleich die Nötigung fortfällt, in den Fällen der hier zu entscheidenden Art auf dem Umwege einer sinngemäßen Anwendung des § 537 BGB. die Befreiung des Pächters von der Entrichtung des Pachtzinses für die Dauer der Unmöglichkeit der Nutzung der Pachtsache zu rechtfertigen.

Der klagend geltend gemachte Anspruch auf Pachtzins seit dem 1. Juni 1917 ist daher unbegründet. Es ist dabei noch darauf hinzuweisen, daß Klägerin gegenüber der unmöglich gewordenen Aufrechterhaltung des Betriebes sich nicht auf § 5 Abs. 3 des Vertrages berufen kann, da dieser die unverminderte Entrichtung des Pachtzinses lediglich für den Fall vorsieht, daß bei regelrechter Fortführung des Betriebes der Gewinn aus dem Werk hinter dem Pachtzins zurückbleiben sollte.

Die Frage, ob die zeitweilige Unmöglichkeit der Vertragserfüllung einer dauernden Unmöglichkeit gleich zu achten und damit der Vertrag selbst als aufgelöst anzusehen ist, würde nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zu entscheiden sein (RGEntsch. 89, 206), wobei hier nicht außer acht bleiben könnte, daß die Pachtzeit auf 29 Jahre bemessen war, dem gegenüber die bisher notwendig gewordene Stillegung des Werkes von verhältnismäßig geringer Dauer war. Die Frage kann indessen dahingestellt bleiben, da ihre Entscheidung durch die Parteianträge nicht gefordert wird."

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 14. Juli 1919. Landgem. Till. w. Pachtges. usw. Bf. V 246/18. Nö.

---

169. Vorzeitige Abreise eines Mieters wegen behördlicher Aufenthaltsbeschränkung stellt einen persönlichen Hinderungsgrund nach § 552 BGB. dar.

BGB. §§ 536, 537, 552.

Die Beklagte hatte im Landhaus der Klägerin zu G. für die Monate Juni, Juli und August 1918 das erste Stockwerk gegen einen monatlichen Mietzins von 400 *M* gemietet und auch bis in die ersten Tage des Juli bewohnt. Um

diese Zeit zog sie aus und verließ G., weil sie nach den neuen Bestimmungen der Behörde schon nach drei Wochen den Ort verlassen mußte; die Miete für Juli und August mit 800 ℳ blieb sie schuldig. Durch das Urteil des Landgerichts wurde sie zur Zahlung dieses Betrages nebst 4% Zinsen seit dem 1. Sept. 1918 verurteilt. Die Berufung der Beklagten, die, wie nicht bestritten ist, eine Verlängerung des Aufenthalts auf Grund ärztlichen Zeugnisses beim Bezirksamt nicht nachgesucht hat, wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Wenn einer ortsfremden, nur zur Erholung an einem Orte anwesenden Person die Weiterbenutzung einer gemieteten Wohnung dadurch unmöglich gemacht wird, daß sie infolge behördlicher Aufenthaltsbeschränkung zur vorzeitigen Abreise genötigt wird, so ist die Frage, ob darin ein Mangel der Mietsache in objektivem Sinn nach §§ 536. 537 BGB. oder nur ein persönlicher Hinderungsgrund für den Mieter zu finden ist, der ihn nach § 552 BGB. von der Entrichtung des Mietzinses für die restige Dauer der Mietperiode nicht befreit, nicht unzweifelhaft und auch in Literatur und Praxis bestritten. Das Ber.-Gericht schließt sich der Anschauung des Landgerichts an, daß nur ein persönlicher Hinderungsgrund vorliegt, da das Aufenthaltsverbot kein allgemeines war, sondern nur die Ortsfremden betraf und auch die Möglichkeit von Dispensen bestand, sohin eine objektive Unmöglichkeit der Benutzung der Mietsache für die Beklagte nicht vorlag.

Darin allein, daß die Beklagte Ortsfremde war und auch keine Gründe geltend machen wollte oder konnte, die ihr die Bewilligung eines längeren Aufenthalts verschafft hätten, lag der Grund, daß sie die Wohnung nicht weiter benutzen konnte.

Wegen dieses in ihrer Person liegenden Grundes ist sie nach § 552 BGB. von der Bezahlung des Mietzinses für die restige Mietzeit nicht befreit und deshalb ihre Verurteilung gerechtfertigt."

Urteil des OLG. zu München (3. Sen.) v. 12. Juli 1919. N. w. L. Beruf.-Reg. L 159/19. F—z.

---

170. Vertrag über Lieferung eines Theaterstücks; Richterliche Vertragsergänzung*; keine Verpflichtung des Bestellers zur Aufführung des Stückes.

Vgl. 72 Nr. 67. 153.
*BGB. §§ 631. 157.

Der Kläger behauptete, er habe im August 1917 mit dem Beklagten vereinbart, der Kläger solle eine sog. Revue mit dem Titel: Hamburg—Konstantinopel verfassen, welche der Beklagte, der damals Leiter des Neuen Theaters in H. war, zur Aufführung bringen wollte. Über den Inhalt des Stücks sei das Erforderliche verabredet. Als Entgelt sei festgesetzt, daß der Kläger 2% der Bruttoeinnahme der Aufführungen erhalten solle. Die Revue wurde

geschrieben, jedoch lehnte der Beklagte nach einer Leseprobe es ab, sie aufzuführen. Der Kläger verlangte ein Honorar von 1200 *M*.

Der Beklagte bestritt, daß ein festes Abkommen zustande gekommen sei. Die Klage hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Dem Landgericht, das den Anspruch dem Grunde nach für berechtigt erklärt hat, ist darin beizutreten, daß es zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu einer festen Vereinbarung gekommen ist (wird ausgeführt).

Ein solcher Vertrag ist ein Werkvertrag, wenn auch wegen der Besonderheit der Vereinbarung nicht alle gesetzlichen Bestimmungen über den Vertrag hierher passen mögen. Nur hinsichtlich der Vergütung hat die Vereinbarung einen Einschlag aus dem Gesellschaftsverhältnis. Jedenfalls würde an sich der Beklagte den Einwand erheben können, das ihm gelieferte Stück sei unbrauchbar. Wenn man auch bei der Übertragung einer Arbeit an einen Künstler oder Schriftsteller in weitgehendem Maße dessen Ermessen sich fügen muß, da man eben mit Rücksicht auf dessen Eigenart ihm die Arbeit überträgt, so ist doch nicht zweifelhaft, daß, wenn ein wirklich unbrauchbares, den sonstigen Leistungen des Unternehmers nicht entsprechendes Werk geleistet wird, dies nicht als Erfüllung angenommen zu werden braucht. Der Beklagte hat sich für die Unbrauchbarkeit des Werkes auf Sachverständige berufen. Allein es steht schon genügend fest, daß die dem Beklagten gelieferte Revue nicht unbrauchbar in dem Maße war, daß der Beklagte berechtigt gewesen wäre, sie abzulehnen (wird ausgeführt).

Das Landgericht scheint den Klaganspruch aus dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes für berechtigt zu halten. In dieser Weise könnte der Anspruch nur so begründet werden, daß der Beklagte für verpflichtet zu halten wäre, das ihm gelieferte Stück — nötigenfalls mit einigen Änderungen — aufzuführen, um auf diese Weise dem Kläger die vereinbarte Vergütung zu verschaffen, und daß er dieser Vertragspflicht nicht nachgekommen wäre. Dem konnte nicht beigepflichtet werden. Es mag Fälle geben, in denen es bei ähnlichen Vereinbarungen als Recht des Verfassers zu gelten hat, die verabredete Aufführung zu verlangen, etwa wenn ein Interesse vorliegt, seinen Namen bekannt zu machen od. dgl. Dafür liegt hier nicht Genügendes vor. Im allgemeinen kann eine solche Vereinbarung einen Theaterdirektor nicht binden, ein Stück aufführen zu lassen, das nach seiner Ansicht nicht für ihn geeignet ist. Das Recht, darüber nach freiem Ermessen zu befinden, muß ihm bleiben, wenn er sich nicht ausdrücklich oder nach den Umständen unzweifelhaft in dieser Beziehung gebunden hat. Das ist im vorliegenden Falle nicht geschehen. Hat also der Beklagte die Freiheit, von der Aufführung abzusehen, so muß hinsichtlich der Vergütung gemäß § 157 BGB. die richterliche Ergänzung des Vertragswillens der Parteien eintreten dahin, daß dem Kläger eine angemessene Vergütung zu gewähren ist, wobei die getroffene



Vereinbarung als Maßstab mit in Betracht zu nehmen ist. Aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt ist der Klaganspruch begründet." Gr.

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.). v. 4. Juni 1919 Bf. V 39/19.

---

171. Kündigung des Werkvertrages wegen unterbliebener notwendiger Handlungen des Bestellers.

Vgl. 12 Nr. 24. — BGB. §§ 642, 643.

Die Beklagte hatte durch Vertrag vom 2. Jan. 1917 für die Klägerin die Verglasung einer Kesselschmiede zum Preise von 3830 M übernommen. Im Mai 1917 erhielt Beklagte von der Fabrik die erste Lieferung des für die Kesselschmiede bestimmten Rohglases und lieferte dieses bei der Klägerin ab, die ihr à conto des Vertragspreises 1800 M überwies. Die Bauerlaubnis erhielt Klägerin erst im Juli 1917. Die Bauarbeiten verzögerten sich, so daß Beklagte mit den Verglasungsarbeiten nicht beginnen konnte. Am 27. Okt. 1917 erfolgte ein Bauverbot, das am 19. April 1918 wieder aufgehoben wurde. Inzwischen hatte die Beklagte durch Brief vom 3. Nov. 1917 der Klägerin eine zweimonatliche Frist mit der Maßgabe gesetzt, den Bau innerhalb dieser Frist so weit zu fördern, daß sie mit ihrer Arbeit beginnen könne und unter der Erklärung, daß sie, falls dies nicht geschehe, den Vertrag kündige. Klägerin widersprach dieser Kündigung. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erklärte Beklagte durch Schreiben vom 5. Jan. 1918, daß sie den Vertrag als aufgehoben ansehe. Klägerin widersprach und forderte, nachdem der Bau inzwischen weiter fortgeschritten war, durch Schreiben vom 31. Mai 1918 die Beklagte zu einer Erkärung auf, ob sie zur Vertragerfüllung bereit sei. Zugleich drohte sie an, die Arbeiten anderweitig zu vergeben und Beklagte für alle Mehrkosten haftbar zu machen. Beklagte erwiderte ablehnend. Die Klägerin vergab alsdann die Verglasungsarbeiten zum Preise von 7170 M an die Firma D. Den Preisunterschied gegenüber dem mit der Beklagten vereinbarten Vertragspreise (7170 M — 3830 M = 3340 M) forderte sie mit der Klage. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht vermag die von der Klägerin gegen die Wirksamkeit der von der Beklagten am 3. Nov. 1917 ausgesprochenen Kündigung vorgebrachten Bedenken nicht zu teilen. Die Beklagte beruft sich auf § 643 BGB, den sie an das Vorhandensein der gleichen Voraussetzungen knüpft, die für die Anwendung des § 642 BGB. gegeben sein müssen. Dieser gewährt dem Unternehmer in den Fällen, in denen bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist, einen Anspruch auf angemessene Entschädigung dann, wenn der Besteller durch Unterlassung der Handlung in Annahmeverzug gerät. Im Streitfalle sind diese Bedingungen für die Anwendbarkeit der §§ 642. 643 BGB. sämtlich gegeben. Fraglos setzte die Ausführung der von der Beklagten übernommenen Verglasungsarbeiten den Fortgang der Bauarbeiten an der Kesselschmiede soweit voraus, daß die

Beklagte mit ihrer Arbeit beginnen konnte. Für den Fortgang zu sorgen, war Sache der Klägerin. Insofern lag ihr bei der Herstellung des Werks eine Handlung ob, die notwendig war, um der Unternehmerin die ihr vertraglich obliegende Leistung zu ermöglichen. Ob sich der Fortgang der Bauarbeiten mit oder ohne Verschulden der Klägerin verzögerte, ist für die Anwendung der §§ 642, 643 ohne Belang, solange nicht eine von der Klägerin nicht zu vertretende Unmöglichkeit eintrat, die hier nicht vorliegt, da es sich nur um vorübergehende Behinderungen in der Bauausführung gehandelt hat. Verzug mit der Herstellungshandlung im Sinne des § 642 ist nicht Schuldnerverzug, erfordert also auch keine schuldhafte Unterlassung (vgl. Staudinger § 642 II 2; Oertmann § 642 Anm. 3), sondern er ist Annahmeverzug, da § 642 lediglich die Wirkungen des Annahmeverzuges behandelt. Der Annahmeverzug setzt aber ein Verschulden nicht voraus, verlangt vielmehr in dem Falle, daß zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, nur die Aufforderung an diesen, die Handlung vorzunehmen. Zu solcher Vornahme war aber die Klägerin von der Beklagten wiederholt aufgefordert, zuletzt am 3. Nov. 1917, wo ihr eine Frist von 2 Monaten für die den Beginn der Verglasungsarbeiten ermöglichende Weiterführung des Baus gestellt worden ist. Daß Beklagte im November 1917 zu solcher Fristsetzung befugt war, erhellt ohne weiteres. Der Vertrag war Anfang Januar 1917 geschlossen. In der Auftragbestätigung vom 2. Jan. fordert Klägerin von der Beklagten, die Arbeit rechtzeitig in Angriff zu nehmen und flott fertigzustellen, nachdem sie bereits früher Beklagte um Angabe der kürzesten Lieferzeit ersucht hatte. Beklagte konnte daher mit einer alsbaldigen Inangriffnahme der Bauarbeiten und ihrem Fortschreiten in angemessener Zeit rechnen, um so mehr, als es sich um einen kriegswichtigen Bau handelte, so daß es ohne Bedeutung ist, ob die Firma D. & Co., an die Beklagte durch die Klägerin verwiesen war, ihr als Zeitpunkt des mutmaßlichen Beginns der Verglasungsarbeiten ausdrücklich den Monat Mai bezeichnet hatte. Denn auch ohne solche Angabe durfte Beklagte davon ausgehen, daß sie etwa um diese Zeit mit ihren Arbeiten werde beginnen können. Auf keinen Fall konnte Beklagte bei Abschluß des Vertrages mit der Möglichkeit rechnen, daß im November die Bauarbeiten an der Kesselschmiede noch in dem Maße im Rückstande sein würden, daß der Beginn mit den Verglasungsarbeiten nicht möglich war. Da auch gegen die Angemessenheit der von der Beklagten der Klägerin gesetzten Frist Bedenken nicht geltend gemacht sind, überdies auch nicht begründet wären, entspricht die von der Beklagten vorgenommene Fristsetzung allen gesetzlichen Voraussetzungen und war daher auch geeignet, der von der Beklagten für den Fall der Wirkungslosigkeit ausgesprochenen Kündigung die gesetzlich erforderte Grundlage zu geben."

Urteil des OLG. zu **Hamburg** (5. Sen.) v. 14. April 1919. H. C. St. Sohn w. Gebr. K. Bf. V 20/19. Nö.

172. Der Mäkler kann auch bei Erzielung eines höheren als des ihm aufgegebenen Kaufpreises nur die vereinbarte Provision fordern.

BGB. §§ 652. 653.

Die Beklagte beauftragte den Kläger mit der Vermittelung des Verkaufs ihrer Kesselanlage zum Preise von 50000 *M* gegen Zusicherung einer Provision von 3 v. H. des zu erzielenden Preises. Der Kläger brachte den Verkauf zu einem Preise von 60000 *M* zustande und beanspruchte dafür als angemessene Provision 6000 *M*. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Revision macht geltend, die vom Kläger verlangte Provision von 3% habe sich nur auf den Fall bezogen, daß Kläger den von der Beklagten genannten Preis von 50000 *M* erziele. Tatsächlich habe sich das Geschäft anders entwickelt. Kläger habe mit Erfolg versucht, einen wesentlich höheren Preis zu erzielen, der der Beklagten zugute käme. Es sei deshalb die vom Kläger unter Sachverständigengutachten gestellte Behauptung erheblich, daß in einem solchen Falle mangels einer Vereinbarung die übliche Provision zu zahlen sei, die die Preisdifferenz, mindestens aber 10% des erzielten Kaufpreises betrage.

Dieser Angriff ist nicht gerechtfertigt. Der Kläger hat in seinem ersten Briefe, bevor ihm von der Beklagten ein Preis, den sie zu erzielen wünschte, genannt worden war, darum ersucht, in die Preise eine Provision von 3% für ihn einzuschließen. Erst auf sein erneutes Ersuchen um Angabe der Preise hat ihm die Beklagte geschrieben, sie glaube, für die ganze Kesselanlage unter den heutigen Verhältnissen einen Preis von 50000 *M* verlangen zu können. Daraus ergibt sich, daß der Kläger seine Provisionsforderung allgemein auf 3% des zu erzielenden Preises, gleichviel, wie hoch er sei, einstellte, während die Beklagte zwar die Zusage der Vermittlertätigkeit des Klägers bei Gewährung dieser Provision stillschweigend annahm, aber zum Ausdruck brachte, daß sie die Erreichung eines Kaufpreises von 50000 *M* verlange. Wäre demnächst ein Kaufvertrag über die Kessel zwischen der Beklagten und einem Dritten zu einem niedrigeren Preise unter Vermittelung des Klägers zustandegekommen, so würde in Frage kommen, ob der Kläger zwar, weil nicht das Kaufgeschäft abgeschlossen sei, das die auftraggebende Beklagte begehrt habe, nicht die vereinbarte prozentuale Provision nun von dem erzielten niedrigeren Kaufpreise beanspruchen könne, aber doch, weil die Beklagte sich die Vermittelung des Klägers bei dem anders als aufgetragen zustande gekommenen Kaufgeschäft habe gefallen lassen, mangels Vereinbarung über die Höhe der Provision für diesen Fall (§§ 315, 653 BGB.) eine angemessene oder doch eine etwa übliche Provision. Einen ähnlichen Fall betrifft das Urteil vom 28. März 1894 in JW. 1894, S. 200 Nr. 25, auf das die Revision sich beruft. Dort war zwar durch Vermittelung des Maklers ein Geschäft abgeschlossen, aber unter ungünstigeren Bedingungen, als das bei der Auftragserteilung in Aussicht genommene, für dessen Vermittelung eine Pro-

vision in bestimmter Höhe versprochen worden war. Es ist ausgesprochen worden, daß zwar dem Mäkler ein Anspruch auf eine Provision nicht zu versagen sein werde, wenn nicht etwa ganz besondere Umstände einer Zwangslage des Auftraggebers vorlägen, daß aber dem Mäkler nicht eine nach dem Verhältnis des geringeren Werts des erzielten zu dem in Aussicht genommenen Erfolge zu bestimmende Quote der versprochenen Provision, sondern eine an sich nur nach dem gegebenen Sachverhältnis angemessene Provision zustehen würde (vgl. hierzu auch Bolze, Pr. d. RG. Bd. 23 Nr. 433, anderseits JW. 1905, S. 138 Nr. 17). Diese Entscheidung kann für den vorliegenden Fall, in dem das zur Vermittelung in Auftrag gegebene Kaufgeschäft zu einem höheren Kaufpreise als dem von dem Auftraggeber ursprünglich verlangten zustande gekommen ist, nicht in Betracht kommen. Da der Wille des Verkäufers naturgemäß darauf gerichtet ist, zu möglichst hohem Preise zu verkaufen, ist beim Abschluß des Mäklervertrags ein Kaufvertrag, der demnächst zu einem höheren Kaufpreise als dem von ihm dem Mäkler ursprünglich als zu erzielen angegebenen unter Vermittelung des Mäklers mit dem Käufer zustande kommt, als von seinem Willen zur Erteilung des Auftrags zur Geschäftsvermittelung umfaßt zu erachten, so daß sich von dem Gesichtspunkt seiner Vertragserklärung aus das zum Abschluß gelangte Kaufgeschäft nicht als ein anderes wie das von ihm zur Vermittelung in Auftrag gegebene darstellt. Aber auch von dem Gesichtspunkt der Vertragserklärung des Mäklers aus hat, da sich für diesen von selbst ergibt, daß auch ein zu einem noch höheren Kaufpreise als dem vom Auftraggeber ursprünglich verlangten zustande gekommenen Kaufvertrag im Rahmen des ihm vom Auftraggeber erteilten Vermittelungsauftrags liege, das durch seine Vermittelung zu einem höheren Preise zustande gebrachte Kaufgeschäft als das Geschäft zu gelten, für dessen Vermittelung er sich eine Provision ausbedang, zumal wenn, wie vorliegend, er für die Vermittelung eine prozentuale Provision von dem zu erzielenden Kaufpreise verlangte, bevor ihm von dem Auftraggeber der zu erzielen gewünschte Kaufpreis angegeben worden war. Will der Mäkler, wenn er Aussicht hat, einen Kaufvertrag zu einem höheren Kaufpreise zustandezubringen, sich eine höhere Vermittelungsgebühr als die vereinbarte sichern, so muß er mit dem Auftraggeber eine anderweite Vereinbarung über die Höhe der Provision für den Fall des Zustandekommens eines solchen Kaufvertrags treffen. Ist dies nicht geschehen, so hat der Mäkler auch für die Vermittelung des zu einem höheren Kaufpreise zwischen dem Auftraggeber und dem Käufer geschlossenen Kaufvertrags lediglich eine Vermittelungsgebühr nach Maßgabe der ursprünglichen Vereinbarung zu beanspruchen. Vorliegend ist zwischen den Parteien eine anderweite Vereinbarung nach der vorbezeichneten Richtung nicht getroffen worden."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 17. Mai 1919. M. w. Rh. (OLG. Karlsruhe). V. 87/19.



173. Zur Auslegung des § 756 BGB.; kein Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung durch Zuweisung eines Naturalteiles.

BGB. §§ 756. 755 Abs. 3.

Für die Beklagte und deren verstorbenen Ehemann stand eine Hypothek von 40793,80 *M* zu gleichen Anteilen eingetragen. Die Erben des Mannes klagten gegen die Witwe auf Feststellung, daß der halbe Anteil der Hypothek zum Nachlaß gehöre. Die Beklagte behauptete, in erster Linie Alleingläubigerin der Hypothek zu sein, in zweiter Linie beanspruchte sie von der Hälfte des Mannes einen Teilbetrag von 15774,33 *M*, weil sie in dieser Höhe wegen der von ihr zum gemeinschaftlichen Erwerbe der Hypothek gemachten Aufwendungen eine Ersatzforderung gegen den Nachlaß habe. Sie erhob demgemäß Widerklage auf Umschreibung der ganzen Hypothek oder doch wenigstens eines Teilbetrags von 36171,23 *M* auf ihren Namen. Landgericht und OLG. gaben der Klage unter Abweisung der Widerklage statt. Das Reichsgericht hob wegen der Abweisung des Hilfsantrags der Widerklage auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„In dem Antrage, die Hypothek in Höhe des bezeichneten Betrages auf die Beklagte als alleinige Gläubigerin umschreiben zu lassen, ist das Verlangen der Beklagten nach Aufhebung der zwischen ihr und den Erben ihres Mannes bestehenden Bruchteilsgemeinschaft im Wege der Naturalteilung zu finden. Zu dem Verlangen auf Auseinandersetzung ist die Beklagte mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung, die, soweit ersichtlich, nicht in Frage kommt, nach § 749 Abs. 1 BGB. berechtigt, und sie hat auch, da die Kaufgeldhypothek als ein in Natur teilbarer Gegenstand anzusehen ist (RGEntsch. 65, 7; vgl. 59, 318; 69, 42), nach § 752 BGB. einen Anspruch auf Teilung in Natur. Bei der Aufhebung der Gemeinschaft kann die Beklagte nach § 756 BGB. die Berichtigung einer ihr zustehenden, sich auf die Gemeinschaft gründenden Forderung aus dem auf die Erben entfallenden Teile der Hypothek verlangen. Es fragt sich nur, ob sie diese Befriedigung, wie sie es will, durch Überweisung eines entsprechenden Teiles der Hypothek beanspruchen kann. Die Forderung der Beklagten geht an sich auf den Ersatz verauslagter Barbeträge, ihre Befriedigung hat also nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses durch Geldzahlung zu erfolgen. Wird ihr zur Tilgung ihrer Forderung ein entsprechender Teil der Hypothek überwiesen, so erhält sie dadurch eine Befriedigung, die sie in dieser Art nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses nicht zu beanspruchen hat. Gegen den Willen der Erben würde sie daher in dieser Weise nur Befriedigung verlangen dürfen, wenn ihr durch § 756 ein Recht auf eine derartige Befriedigung besonders eingeräumt wäre. Das ist nicht der Fall. Durch Satz 1 des § 756 wird dem forderungsberechtigten Teilhaber nur das Recht auf Befriedigung aus dem Teile des anderen Teilhabers zugestanden, über die Art, in welcher Weise diese Befriedigung aus dem Teile des Schuldners zu erfolgen hat, ist aber damit keine Bestimmung getroffen. Die Vor-

schrift des § 756 Satz 1 BGB. fand sich bereits im I. Entwurfe eines BGB. Die Motive (II, S. 886/887) bemerken dazu, daß die Frage, ob der Gläubiger eine dem Wertverhältnisse seiner Forderung und des Naturalteiles entsprechende Naturalquote verlangen könne oder ob sich der Schuldner die Versilberung des an sich ihm gebührenden Naturalteiles und die weitere Teilung des Geldertrags gefallen lassen müsse, von untergeordneter Bedeutung sei und daß deshalb hierüber keine besondere Vorschrift erforderlich erscheine. Hieraus ergibt sich, daß durch § 756 Satz 1 dem Gläubiger kein besonderes Recht auf eine von dem Inhalt des Schuldverhältnisses abweichende Art der Befriedigung durch Zuweisung eines Naturalteils hat zugestanden werden sollen. Aus der durch § 756 Satz 2 für anwendbar erklärten Vorschrift des § 755 Abs. 3 BGB. läßt sich ein derartiges Recht ebenfalls nicht entnehmen. Diese Vorschrift lautet:

Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach § 753 zu erfolgen. Es mag zugegeben werden, daß der Wortlaut dieser Vorschrift eine Auslegung dahin, daß ein Verkauf nur bei nicht in Natur teilbaren Gegenständen stattfinden müsse, dagegen bei anderen Gegenständen der Gläubiger, wenn er es verlange, in Natur zu befriedigen sei, nicht schlechthin ausschließt. Dem Standpunkt der II. Kommission, deren Beratung die Vorschrift ihre Entstehung verdankt, entspricht aber eine derartige Auslegung nicht. Die Kommission war der Ansicht, daß die vom Entwurf offen gelassene Frage, wie die Befriedigung des Gläubigers bei einer in Natur erfolgenden Teilung zu geschehen habe, im Gesetz entschieden werden müsse, und nahm deshalb den zu § 770 des Entwurfs unter 4a gestellten Antrag an. Der Antrag lautete:

> Wird der gemeinschaftliche Gegenstand in Natur geteilt, so ist der auf den Schuldner fallende Teil insoweit in Geld umzusetzen, als es zur Berichtigung der Schuld erforderlich ist.

Maßgebend für die Annahme war die Erwägung: Um die Berichtigung der auf der Gemeinschaft beruhenden Forderung des einen Teilhabers gegen den anderen zu ermöglichen, müsse die Teilung so weit im Wege des Verkaufs erfolgen, daß die zur Berichtigung der Forderung nötigen Mittel beschafft würden; die Teilung in Natur würde aber zu sehr beschränkt, wenn der Verkauf so weit ausgedehnt werden müßte, daß die Forderung aus dem Anteile des Schuldners am Erlöse berichtigt werden könne; es genüge, so viel zu verkaufen, daß der ganze Erlös zur Berichtigung der Schuld hinreiche und den verkauften Teil bei der Teilung in Natur dem Schuldner auf seinen Teil anzurechnen. Wenn z. B. einer von drei Teilhabern einen Betrag schuldig sei, der $^1/_3$ des Wertes seines Anteils, $^1/_9$ des Wertes der gemeinschaftlichen Sache gleichkomme, so sei nicht $^1/_3$, sondern $^1/_9$ der Sache zu verkaufen (Prot. II, S. 760). Demgemäß bemerkt auch die Denkschrift (S. 91), daß der Entwurf den Zweifel, wie bei der Teilung in Natur die Berichtigung der Forderung

des einen Teilhabers gegen den anderen zu erfolgen habe, dahin löse, daß der Gegenstand nur insoweit zu verkaufen sei, als es des Erlöses zur Berichtigung der Schuld bedürfe, während es im übrigen bei der Teilung in Natur verbleibe.

Die Erwägungen der Gesetzeskommission, die zu der Einfügung des § 756 Satz 2 und des § 755 Abs. 3 in den Entwurf geführt haben, ergeben, daß man nicht beabsichtigt hat, dem Gläubiger einen Anspruch auf eine von dem Inhalt des Schuldverhältnisses abweichende Befriedigung durch Zuweisung eines Naturalteils beizulegen, sondern daß man diese vom Entwurfe offen gelassene Frage dahin hat regeln wollen, daß zur Beschaffung der zur Befriedigung des Gläubigers nötigen Barmittel der dazu erforderliche Teil des Gemeinschaftsgegenstandes verkauft und nur der Rest in Natur geteilt werden sollte. Die Fassung des § 755 Abs. 3 BGB. erklärt sich hiernach damit, daß man von der Notwendigkeit eines teilweisen Verkaufs zur Beschaffung der Mittel zur Befriedigung des Gläubigers für den Regelfall ausgegangen ist und nur eine besondere Bestimmung darüber für angezeigt gehalten hat, daß dieser Verkauf nur so weit zu erstrecken sei, bis ein zur Tilgung der Forderung ausreichender Erlös erzielt werde. Daß die Notwendigkeit eines Verkaufes im Falle des § 755 als selbstverständlich angenommen wurde, ist um so weniger befremdlich, als es sich dort um die Berichtigung der Forderung eines außerhalb der Gemeinschaft stehenden Gläubigers handelt, dem einen Anspruch auf Befriedigung durch Zuweisung eines Naturalteiles einzuräumen kein ersichtlicher Grund bestehen konnte. Gewährt aber § 755 Abs. 3 BGB. keinen von dem Inhalt des Schuldverhältnisses abweichenden Anspruch auf einen Naturalteil, so läßt sich auch im Falle des § 756 aus der Anwendbarkeit der genannten Vorschrift kein derartiger Anspruch herleiten. Das Bestehen der von der Beklagten behaupteten Forderung vermag daher für sie keinen Anspruch zu rechtfertigen, daß ihr gegen den Willen der Kläger von der in den Nachlaß fallenden Hälfte der Hypothek ein entsprechender Teilbetrag zugewiesen werde; sie würde vielmehr nur verlangen können, daß die Hypothek, soweit es zur Erzielung eines ihre Forderung deckenden Erlöses erforderlich ist, verkauft und der Rest zwischen ihr und den Erben dergestalt geteilt wird, daß der verkaufte Teil auf die dem Nachlaß gebührende Hälfte in Anrechnung gebracht wird. ..."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. April 1919. L. w. L. (OLG. Breslau). IV. 9/19.

---

174. Bereicherungsanspruch trotz Wegfalls der Bereicherung; arglistige Täuschung durch Verschweigung wesentlicher Umstände.*

*Vgl. 67 Nr. 192. 243.

BGB. §§ 820. 818 Abs. 4; 123.

Der Kläger hatte die Vermittelung der Übertragung von Arbeiten an die Beklagte übernommen und dafür 10000 ℳ Provision von der Beklagten



bezahlt erhalten, von denen er 5000 M an seinen Untermäkler S. weitergab. Da das zu vermittelnde Geschäft nicht zustande kam, verlangte die Beklagte die bezahlte Provision zurück. Der Kläger zahlte 5000 M und erhob Klage auf Feststellung, daß der Beklagten ein Anspruch auf weitere 5000 M ihm gegenüber nicht zustehe. Der Klage wurde in zwei Instanzen stattgegeben. Das Reichsgericht hob auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Der Ber.-Richter verneint die Verpflichtung des Klägers zur Rückzahlung von mehr als 5000 M, weil der Kläger seinem Untermäkler S. alsbald 5000 M von der empfangenen Provision abgegeben habe und deshalb in Höhe dieses Betrages nicht mehr bereichert sei (§ 818 Abs. 3 BGB.). Allein diese Auffassung erscheint nicht zutreffend. Zunächst kam in Frage, ob der Kläger nicht schon auf Grund des Vertrages zur Rückgewähr der im voraus empfangenen Provision von 10000 M verpflichtet war, namentlich da die Beklagte behauptet hatte, daß sie sich bei Zahlung der Provision von letzterem ein Akzept von 10000 M als Unterlage hätte geben lassen. Die Hingabe dieses Depotwechsels hatte offenbar den Sinn, daß der Kläger sich für den Fall, daß aus dem Geschäft nichts würde und er die Provision nicht verdient hätte, zur Rückzahlung der 10000 M wechselmäßig verpflichtete. Aber auch wenn man die Grundsätze von der ungerechtfertigten Bereicherung zur Anwendung bringen wollte (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. II S. 217), so könnte dem Ber.-Gericht darin nicht beigepflichtet werden, daß der Kläger für die an S. weitergegebenen 5000 M nicht mehr haftbar sei, weil insoweit keine Bereichernng mehr vorliege. Die Provision war im voraus gezahlt worden in der Annahme oder in der Erwartung des Abschlusses eines verbindlichen Vertrages mit der Bodengesellschaft. Da der förmliche Abschluß dieses Vertrages bei der Provisionszahlung noch nicht erfolgt war, so ist anzunehmen, daß die Parteien den Eintritt des mit der Zahlung bezweckten Erfolges als ungewiß ansahen oder doch mit dem Wegfall des Rechtsgrundes, aus dem die Leistung erfolgte, als möglich rechneten. Hierfür spricht auch unverkennbar die gleichzeitige Hingabe des Depotwechsels seitens des Klägers an die Beklagte. War dies aber der Fall, so haftete der Kläger bei Nichteintritt des bezweckten Erfolges oder bei Wegfall des Rechtsgrundes nach § 820 Abs. 1 BGB. so, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre. Die Haftung richtete sich also nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4 BGB.). Der Kläger, der damit rechnen mußte, daß er die ganze Provision unter Umständen zurückzahlen müsse, haftet alsdann dafür, daß er über die noch nicht endgültig verdiente Provision weiter verfügt hat; er muß das hierin liegende Verschulden vertreten und kann nicht geltend machen, daß er insoweit nicht mehr bereichert sei (vgl. Planck in Deutscher Juristen-Zeitung 1906, S. 23).

Nach den weiteren Ausführungen des Ber.-Gerichts hat nun allerdings diese ursprüngliche Rechtslage eine Veränderung durch das Abkommen erfahren, welches die Parteien und S. im Juli und August 1915 getroffen haben. Damals ist vereinbart worden, daß, wenn es dem Kläger und S. bis zum 1. Juli 1916 nicht gelänge, der Beklagten den Auftrag von der Bodengesellschaft endgültig zu verschaffen, jeder von ihnen beiden 5000 *M* Provision zurückzuzahlen habe, so daß also auch der Kläger fortan nur noch für die Hälfte der empfangenen Provision aufzukommen hatte. Auch die auf dieser Grundlage vorgenommene weitere rechtliche Beurteilung der Sache durch das Ber.-Gericht vermag die getroffene Entscheidung nicht zu rechtfertigen. Die Beklagte hatte nämlich dieses Abkommen, durch das der Kläger seine Haftung auf 5000 *M* beschränkt hatte, wegen arglistiger Täuschung angefochten, deren sich der Kläger ihr gegenüber insofern schuldig gemacht habe, als er ihr damals absichtlich verschwiegen habe, daß S. zahlungsunfähig sei. Der Ber.-Richter hält diese Anfechtung für unbegründet, weil der Kläger den Standpunkt eingenommen habe, die Beklagte habe von ihm nur 5000 *M* zu beanspruchen, und weil er deshalb nicht verpflichtet gewesen sei, der Beklagten Mitteilung von der Zahlungsunfähigkeit des S. zu machen. Der gegen diese Ausführungen erhobene Revisionsangriff muß für gerechtfertigt erachtet werden. Nach der Annahme des Ber.-Gerichts stand der Kläger der Beklagten als alleiniger Mäkler gegenüber; er hatte die Provision für eigene Rechnung empfangen, haftete also der Beklagten für deren Rückzahlung. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger von vornherein auf dem Standpunkt gestanden haben soll, die Beklagte könne nur die Hälfte der Provision von ihm zurückverlangen (wird ausgeführt). Das Abkommen vom Juli/August 1915 bezweckte auch offenbar gerade, den Kläger von der Haftung für die eine Hälfte der Provision zu befreien und diese Haftung dem S. aufzubürden. Bei dieser Sachlage lag es aber auf der Hand, daß die Zahlungsfähigkeit des S. für die Entschließungen der Beklagten von höchster Bedeutung war. Der Kläger konnte sich darüber nicht im unklaren sein, daß die Beklagte, wenn ihr die Zahlungsunfähigkeit des S. bekannt geworden wäre, die Entlassung des Klägers aus der Haftung und den Eintritt des S. in das Schuldverhältnis abgelehnt haben würde. Der Kläger wäre daher, wenn ihm der inzwischen eingetretene Vermögensverfall des S. bekannt gewesen wäre, namentlich auch in Anbetracht der zwischen Parteien bereits bestehenden Rechtsbeziehungen und der ihm damit erwachsenen Schuldverbindlichkeit verpflichtet gewesen, der Beklagten von der Zahlungsunfähigkeit S.s Mitteilung zu machen. War S. damals in der Tat bereits zahlungsunfähig und verschwieg der Kläger dies, obwohl es ihm bekannt war, der Beklagten, so läßt sein Verhalten, durch das er die Beklagte veranlaßte, den S. an seiner Stelle in Höhe von 5000 *M* als Schuldner anzunehmen, kaum einen anderen Schluß zu, als daß er es auf eine arglistige Täuschung der Beklagten abgesehen hatte. Das Ber.-

Gericht mußte daher auf diesen Einwand eingehen, der geeignet war, das Abkommen vom Juli/August 1915 und die darin enthaltene Begrenzung der Haftung des Klägers auf die Hälfte der Provision hinfällig zu machen."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 26. April 1919. Sch. & Co. w. A. (Kammergericht Berlin). V. 33/19.

---

175. Wann erfolgt die Zahlung der Brandentschädigung durch den Versicherer mit befreiender Wirkung gegenüber den Realgläubigern?

BGB. §§ 1127, 1130; VVG. §§ 97 ff.

Die Gebäude auf dem zu D. belegenen Grundstück des Gastwirts W. waren bei der beklagten Brandversicherungsgesellschaft der Mecklenb. Städte gegen Feuersgefahr zu 33550 ℳ versichert. Im Juni 1915 entstand ein größerer Feuerschaden, der Gesamtschaden wurde von der Beklagten auf 26829 ℳ festgesetzt. Die Entschädigung wurde durch Vermittelung des Magistrats zu D. an W. in drei Teilbeträgen geleistet, der letzte hiervon, nachdem der Magistrat zu D. der Beklagten berichtet hatte, der nach dem Brande auf dem Grundstück errichtete Bau sei vollendet. Dem Kläger standen auf dem inzwischen in Zw.-Versteigerung geratenen Grundstücke 6000 ℳ Grundschulden zu, abschließend mit 35800 ℳ. Von der Auszahlung der Entschädigung hatte er Anzeige nicht erhalten und ihr nicht zugestimmt. Er behauptete, der Neubau sei noch nicht vollendet, dazu seien noch 2939,75 ℳ erforderlich; und indem er in erster Linie Schadenersatz wegen Verletzung der §§ 97 ff. VVG. gefordert hat, beantragte er, die Beklagte zur Zahlung von 3000 ℳ an ihn zu verurteilen, aushilflich, die Beklagte für verpflichtet zu erklären, den Betrag von rund 3000 ℳ zur Fertigstellung des Neubaues und nach dessen gänzlicher Vollendung zu zahlen und diesen Betrag zur Sicherung der Baugeldforderungen für die Grundschuldgläubiger zu hinterlegen. Die Klage wurde in der Ber.-Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Das Landgericht hat dem in zweiter Linie gestellten Antrage, soweit er auf Feststellung gerichtet war, stattgegeben. Es geht davon aus, daß die nicht völlig wiederhergestellten Gebäude auf dem D.er Grundstücke wegen der Unfertigkeit nur einen Wert von 28500 ℳ haben, während der Wert der Gebäude vor dem Schadenfalle 32500 ℳ betragen habe; der Kläger habe also durch den Neubau die frühere Sicherheit nicht wiedererlangt, so daß die Haftung der Versicherungsforderung für die Grundschulden des Klägers, die mit 35800 ℳ schlossen, nicht nach § 1127 Abs. 2 BGB. erloschen sei; die Auszahlung des letzten Drittels der Brandentschädigung habe ferner nicht den Versicherungsbedingungen der Beklagten entsprochen, da der Neubau noch nicht vollendet sei, die letzte Zahlung aber erst nach Vollendung des Baues habe erfolgen dürfen; die vorgeschriebene Verwendung dieses Drittels der Brandentschädigung sei auch nicht im Sinne des § 99 VVG.

sichergestellt gewesen, als die Auszahlung erfolgte; der Vertrag zwischen dem Gastwirt W. und dem Maurermeister E. habe den Realberechtigten, die aus solchem Vertrage keine Rechte herleiten konnten, gar keine Sicherheit geboten; hiernach hafte dem Kläger bis zur Vollendung der Gebäude die Versicherungsforderung gegen die Beklagte in Höhe des ohne Rechtswirkung ihm gegenüber gezahlten Drittels der über 26000 ℳ betragenden Brandentschädigung, mindestens aber in Höhe des nach der vom Sachverständigen G. bestätigten Behauptung des Klägers zur Vollendung noch erforderlichen Kostenbetrages von 2939,75 ℳ.

In der Ber.-Instanz hat sich die Sach- und Rechtslage insofern geändert, als das Grundstück in der Zw.-Versteigerung dem Kläger zugeschlagen ist. Damit ist die Versicherungsforderung, sofern sie nicht schon durch die Zahlung erloschen war, gemäß §§ 55. 20 ZVG., §§ 1127—1130 BGB. auf den Kläger übergegangen. Es kommt darnach aber auch jetzt darauf an, ob die erfolgte Zahlung der Versicherungssumme den Realgläubigern gegenüber wirksam war. Gemäß § 1130 BGB. war die Zahlung wirksam, wenn sie den Versicherungsbestimmungen entsprach, nach denen der Versicherer nur verpflichtet war, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu zahlen. Nach § 28 der Satzungen der Beklagten ist der Schutz der Realberechtigten an Grundstücken mit versicherten Gebäuden geregelt durch die §§ 99—107 VVG. § 97 dieses Gesetzes bestimmt: Ist der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet, die Entschädigungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gebäudes zu zahlen, so kann der Versicherungsnehmer die Zahlung erst verlangen, wenn die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes gesichert ist. § 16 der allgemeinen Versicherungsbestimmungen der Beklagten bestimmt: „Wenn Gebäude mit Hypotheken- oder Grundschulden belastet sind, so kann der Versicherungsnehmer die Entschädigung nur zur Wiederherstellung und erst dann verlangen, wenn die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes gesichert ist, es sei denn, daß die Realberechtigten in die sofortige Auszahlung der Entschädigung willigen. . . . Wird die Einwilligung der Realberechtigten nicht beigebracht, so erfolgt die Zahlung bei Vollschäden in drei Teilbeträgen. Der erste wird gezahlt . . ., der dritte nach Vollendung des Baues unter Verwendung der gesamten Entschädigung . . . Wird ausreichende Sicherheit geleistet, so kann die Zahlung vor der Wiederherstellung in ungeteilter Summe erfolgen."

Im vorliegenden Falle ist die Zahlung des letzten Drittels tatsächlich vor Vollendung des Baues erfolgt, wenn auch die Beklagte infolge des Berichts des Magistrats zu D. bei der Überweisung des Geldes an diesen zur Auszahlung angenommen hatte, der Bau sei vollendet. Die Zahlung war trotzdem wirksam, wenn die Verwendung des Geldes zur Wiederherstellung des Gebäudes gesichert oder im Sinn des § 16 ausreichende Sicherheit geleistet war. Bei dieser Sicherheit ist nicht nur an eine solche im Sinne der

§§ 232—240 BGB. zu denken, sondern der Ausdruck ist als gleichbedeutend anzusehen mit dem des § 97 VVG.: wenn die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes gesichert ist. Diesem Erfordernis ist nun aber, was das Landgericht übersieht, ohne weiteres genügt, wenn die Versicherungssumme tatsächlich verwendet ist zur Wiederherstellung der Gebäude. Wenn es schon hinreicht, daß die Verwendung gesichert ist, muß die tatsächliche Verwendung unbedingt ausreichen. Verwendet zur Wiederherstellung ist die Versicherungssumme aber, wenn sie zur Tilgung von Bauschulden gedient hat.

Der Grundstückseigentümer W. hat nun am 14. Aug. 1915 zu den Akten des Magistrats zu D. erklärt: „Ich bin damit einverstanden, daß die mir zustehenden Brandschadengelder, die mir im Verhältnis des Wiederaufbaues der Gebäude ratenweise ausgezahlt werden sollen, in diesem Sinne an die ausführenden Baumeister, Herrn Maurermeister E. und Zimmermeister Th., direkt geleistet werden. Ich trete hiermit alle meine desfl. Ansprüche an die vorgenannten Herren rechtsgenüglich ab, letztere sollen berechtigt sein, über den Empfang der Gelder rechtsgültig zu quittieren." E. und Th. haben diese Abtretung angenommen.

Ist die Zahlung der Versicherungssumme zur Tilgung von Schulden für den Bau erfolgt, so kann nicht weiter erfordert werden, daß mit den Zahlungen der volle Erfolg der fertigen Wiederherstellung der Gebäude erreicht wird. Erfahrungsmäßig werden die Versicherungsgelder fast nie zur völligen Herstellung eines Gebäudes gleicher Art, wie das abgebrannte war, ausreichen. Es genügt, wenn mit der gezahlten Versicherungssumme Bauschulden getilgt werden. Es kann auch im Verhältnis des Versicherers zu den Realgläubigern nicht darauf ankommen, ob der Grundstückseigentümer gegenüber den Baugläubigern Einreden wegen der Ausführung der Bauarbeiten gehabt hätte. Eine derartige Prüfung kann dem Versicherer nicht zugemutet werden, eine Verpflichtung dazu ist weder aus dem Gesetz noch aus den allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten zu entnehmen. Vielmehr bestimmt § 98 VVG., daß im Falle des § 97 die Forderung des Versicherungsnehmers auf die Entschädigungssumme vor der Wiederherstellung des Gebäudes an solche Gläubiger des Versicherungsnehmers übertragen werden könne, welche Arbeiten oder Lieferungen zur Wiederherstellung des Gebäudes übernommen oder bewirkt haben und hieraus folgt, daß schon die Zahlung an einen Gläubiger, der Arbeiten oder Lieferungen übernommen hatte, wirksam ist, ohne daß es auf die Ausführung ankommt. Ob im vorliegenden Falle schon mit Rücksicht auf die obige Erklärung des Grundstückseigentümers W. gemäß § 98 VVG. die Zahlung an E. und Th. wirksam war, kann dahingestellt bleiben, da feststeht, daß diese Zahlungen völlig zur Tilgung von Bauschulden erfolgt sind. E. bezeugt eidlich und glaubhaft, daß die ganze Brandentschädigung von 26829 ℳ an ihn und Th. für gelieferte Bauarbeiten und Materialien ausgekehrt ist, Th. hat es für seinen Anteil bestätigt, und soweit

andere Handwerker in Betracht kommen, denen E. das Geld nicht seinerseits direkt ausgezahlt hat, sondern durch Frau W. hat auszahlen lassen, ist es durch die von W. bei seiner Vernehmung vorgelegten Quittungen bestätigt, wie der Kläger in betreff 3096 M auch selbst anerkannt hat. Wenn der Kläger bemängelt, daß Th.s Abrechnung in Einzelheiten in betreff der ausgeführten Arbeiten nicht stimme, so kann dem nach dem vorher Gesagten kein Gewicht beigelegt werden, weil dem Versicherer eine dahingehende Prüfung nicht obliegt. Ebensowenig war auf das Verlangen des Klägers einzugehen, von E. genauere Abrechnungen über die von ihm selbst gelieferten Arbeiten einzufordern. Es genügt, daß die Zahlung an ihn erfolgt ist zur Tilgung der Schuld für die von ihm übernommenen Arbeiten; übrigens hat er glaubhaft bezeugt, daß die Arbeiten ausgeführt sind, es würde sich auch hier nur um einzelne Bemängelungen handeln. Der Kläger kann auch daraus keine Rechte herleiten, daß E. 800 M an Frau W. ausgekehrt hat, um während des Baues fällig gewordene Zinsen von Grundstücksbelastungen zu decken. Die Zahlung der Beklagten an E. war zur Tilgung von Bauschulden erfolgt und sollte auch in Höhe der 800 M zu solcher Zahlung dienen. Wenn die Baugläubiger, wie E. bezeugt, von den ihnen zustehenden Forderungen im ganzen 800 M abgelassen haben, damit dadurch Zinsen gedeckt würden, so wurde hierdurch nichts daran geändert, daß die Zahlung an E. zur Tilgung von Forderungen der Baugläubiger geschehen war.

Da mithin die Zahlung der Versicherungssumme durch die Beklagte in einer den Realgläubigern gegenüber wirksamen Weise erfolgt ist, war die Klage unter Aufhebung des Urteils erster Instanz ganz abzuweisen."

Urteil des OLG. zu **Rostock** (2. Sen.) v. 10. Juli 1918. Brandversich.Ges. der Meckl. Städte (Bekl.) w. D. Ba 388/17. K—n.

---

176. Beweislast bei der Anfechtung von Deckungsgeschäften.

Vgl. 67 Nr. 129 u. R.; 72 Nr. 110.
AnfG. § 3[1], 3[2]; K.O. § 30.

„Die Anfechtung der Zession, auf die Kläger ihren Anspruch stützen, seitens der Beklagten ist vom Vorderrichter mit Recht als begründet erachtet worden. Daß die Gläubiger von Z. und E. durch die Weggabe des letzten Vermögensobjektes, nämlich der hier in Frage stehenden Forderung, benachteiligt wurden, bedarf keiner weiteren Ausführung, wird auch von den Klägern ernstlich nicht bestritten. Dann aber muß auch § 3 Nr. 2 des Anf.Ges. und nicht, wie die Kläger wollen, § 3 Nr. 1 zur Anwendung kommen. Denn die Kläger haben Schwestern des Zedenten Z. zur Frau, und die Zession ist am 20. Dez. 1912, also in dem letzten Jahre vor der im September 1913 erfolgten Anfechtung vorgenommen worden. Mit Unrecht wollen die Kläger aus der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts ableiten, daß es bei einem Erfül-

lungsgeschäft für die Berechnung des letzten Jahres nicht auf den Zeitpunkt der Erfüllung, sondern auf den der Entstehung der Verbindlichkeit ankomme. Denn nach der neueren herrschenden Rechtsprechung des Reichsgerichts, wie sie z. B. in Entsch. 45, 25 und 51, 76 niedergelegt ist, bildet die Tatsache, daß ein Geschäft zur Erfüllung einer früheren Verpflichtung vorgenommen worden ist, lediglich einen Anhaltspunkt in der Beweiswürdigung darüber, ob eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners vorlag und dem Verwandten eine solche Absicht bekannt war. Wenn ein reines Erfüllungsgeschäft vorliegt, so soll nicht etwa § 3 Abs. 2 garnicht zur Anwendung kommen, sondern je nach Lage der Sache der dem Schuldner obliegende Gegenbeweis nach der Richtung, daß er nicht die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen und daß der Anfechtungsgegner diese Absicht nicht gekannt habe, als geführt angesehen werden. Die Rechtsprechung steht aber mit Recht auf dem Standpunkt, daß die Präsumtion des § 3 Abs. 2 dann überhaupt nicht erschüttert ist, wenn ein sog. inkongruentes Deckungsgeschäft vorliegt, d. h. wenn der Gläubiger eine Sicherung erhält, auf die er in der betr. Art einen Anspruch nicht hat. Dieser Fall liegt hier vor, wo die Kläger angeblich dem Schuldner ein Darlehen gegeben haben und dafür durch Abtretung der Forderung befriedigt sein wollen. Die Kläger mögen auf die Rückzahlung des hingegebenen Darlehens Anspruch gehabt haben, sie konnten aber keineswegs die Abtretung der Forderung verlangen. Bei dieser Sachlage haben sie den ihnen obliegenden Gegenbeweis gegen die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und ihre eigene Kenntnis hiervon in keiner Weise erbracht."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 6. März 1919. A. G. u. P. K. w. A. Str. Bf. VI 200/14. Nö.

---

177. Besitz- und Eigentumserwerb des Staates an beschlagnahmten und eingezogenen Sachen*; grobe Fahrlässigkeit des Käufers bei Kenntnis von der strafgerichtlichen Verurteilung des unmittelbaren Besitzers.**

*Vgl. oben Nr. 114. **Vgl. 69 Nr. 5.
BGB. §§ 855. 868. 932.

Am 4. Nov. 1915 wurde bei dem Buchdrucker J. G. eine diesem gehörige Buchdruckschnellpresse, die J. G. zur Anfertigung falscher Banknoten hatte benutzen lassen, polizeilich mit Beschlag belegt, jedoch einstweilen in seiner Werkstätte belassen. Am 13. Mai 1916 wurde durch ein noch an diesem Tage rechtskräftig gewordenes Strafurteil J. G. wegen Beihilfe zum Münzverbrechen der Brüder J. u. A. W. verurteilt und auf Einziehung der Presse erkannt. Am 24. Mai 1916 verkaufte die Ehefrau des J. G. mit dessen Ermächtigung die Buchdruckereieinrichtung einschließlich der Schnellpresse an den Beklagten F. S., der die Presse in seine Wohnung brachte. Die vom Fiskus erhobene Klage auf Herausgabe der Schnellpresse führte in der Ber.-Instanz zur Verurteilung des Beklagten. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Buchdruckschnellpresse des J. G. wurde am 4. Nov. 1915 auf Ersuchen der Polizeidirektion München von dem Vizewachtmeister B. in Augsburg beschlagnahmt, der vorschriftsmäßige Siegelmarken anlegte und die anwesende Ehefrau A. G. darauf aufmerksam machte, die Siegelmarken an der an Ort und Stelle belassenen Presse nicht zu entfernen und über diese nicht zu verfügen. Diese Beschlagnahme war nach §§ 94. 98 StPO. gültig und rechtswirksam, einer richterlichen Bestätigung bedurfte es nach § 98 Abs. 2 StPO. mit Rücksicht auf die Anwesenheit einer Angehörigen des J. G. nicht; die Anordnung der Beschlagnahme stand der Polizeidirektion München allerdings nur bei Gefahr auf Verzug zu; darüber aber, ob eine Gefahr im Verzuge vorgelegen hat, wäre dem die Beschlagnahme bestätigenden Strafrichter eine Nachprüfung nicht zugestanden (RGStraff. 23, 334). Eine solche Nachprüfung ist daher auch für den Zivilrichter nicht gegeben. Durch die Beschlagnahme wurde die Schnellpresse der freien Verfügung der an sich berechtigten Personen, d. i. des J. G. und seiner bevollmächtigten Frau entzogen und zugleich der behördlichen Verfügungsgewalt unterworfen (Olshausen, Komm. z. RStGR. § 137 Anm. 3 Abs. 2). Die Ehefrau, in deren Besitz die Presse belassen wurde, wurde die Verwahrerin namens der beschlagnahmenden Polizeibehörde (Stenglein, Komm. z. StPO. § 94 Anm. 1). Die beschlagnahmende Behörde wurde dadurch mittelbare Besitzerin der Presse (§ 868 BGB.), während J. G. unmittelbarer Besitzer verblieb. Ein Unterschied zwischen der Beschlagnahme nach der StPO. und der Pfändung durch einen Gerichtsvollzieher im Zivilstreitverfahren besteht hinsichtlich der Wirkungen in den Besitzverhältnissen der beschlagnahmten oder gepfändeten Gegenstände nicht (Olshausen, Komm. z. StGB. § 137 Anm. 3 Abs. 1). A. G. war daher nicht, wie der Kläger geltend gemacht hat, Besitzdienerin im Sinne des § 855 BGB. (RGEntsch. 94, 341). Es kann daher auch nicht hinsichtlich des Eigentumserwerbes an der Schnellpresse durch den Beklagten die Bestimmung des § 935 BGB. zur Anwendung gebracht werden, da der Fiskus, wenn auch Eigentümer, nur mittelbarer Besitzer der Presse war und ihm durch die Übergabe der Presse an den Beklagten der Besitz nicht abhanden gekommen ist (Achilles, BGB. § 935 Anm. 3 und die dortigen Zitate). Die Schnellpresse ist durch Urteil des Schwurgerichts vom 13. Mai 1916 eingezogen worden. Mit der Rechtskraft des Urteils, die am gleichen Tage eintrat, ist das Eigentum der Presse mit Rücksicht auf die vorausgegangene Beschlagnahme auf den Fiskus übergegangen. Vom 13. Mai 1916 an war nicht mehr J. G., sondern der Fiskus Eigentümer der Schnellpresse. Diese wurde am 24. Mai 1916 von A. G. als Beauftragter oder Bevollmächtigter ihres Ehemannes J. G. mit der übrigen Buchdruckereieinrichtung an den Beklagten verkauft. Zu diesem Verkaufe war A. G. nicht mehr berechtigt. Ob nun der Beklagte durch den Verkauf und die Übergabe der Presse Eigentum erwerben konnte oder nicht, hängt davon ab, ob er im Zeitpunkte der Übergabe in gutem

Glauben war oder nicht. Im guten Glauben war er nach § 932 Abs. 2 BGB. dann nicht, wenn ihm im Zeitpunkte der Übergabe bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß sie dem Veräußerer J. G. nicht gehörte. Das Ber.-Gericht ist entgegen der Anschauung des Erstrichters zur Überzeugung gelangt, daß der Beklagte nicht in gutem Glauben war. Allerdings vermag nicht festgestellt zu werden, daß dem Beklagten bekannt war, daß die verkaufte Schnellpresse durch schwurgerichtliches Urteil eingezogen und infolgedessen rechtsgrundsätzlich in das Eigentum des Fiskus übergegangen war, da der Beklagte bei der Verkündung des Urteils nicht anwesend war. Allein dieser Feststellung bedurfte es nicht, weil er bei dem Erwerbe der Presse grobfahrlässig gehandelt hat und ihm infolgedessen unbekannt geblieben ist, daß die Presse dem J. G. nicht mehr gehörte. Indem nur der redliche Erwerber geschützt wird, geht das Gesetz davon aus, daß von dem Erwerber ein gewisses Maß von Vorsicht geübt werde, daß er diejenige Prüfung in Ansehung des Rechtes seines Vorgängers nicht unterlasse, die nach den Umständen zu erwarten ist und deren Nichtvornahme schlechthin mit dem Verhalten eines ordentlichen Mannes unverträglich ist (RGEntsch. 58, 164). Ob die Unterlassung einer den Umständen nach gebotenen Erkundigung oder Nachforschung dem Erwerber als grobe Fahrlässigkeit anzurechnen ist, hängt davon ab, ob ihm Zweifel aufstoßen mußten und ob, wenn sie ihm aufgestoßen sind, er das seinige getan hat, um zur richtigen Erkenntnis zu gelangen (Soergel 1913, S. 309 Nr. 2). Dies hat der Beklagte nicht getan. Es wurde ihm durch A. G. mitgeteilt, daß die Presse vom Darlehenskassenverein O. gepfändet war; es mußten ihm daher Bedenken und Zweifel kommen, ob nicht anderweitige, die Veräußerung hinderliche Rechte Dritter an der Presse bestehen. Er durfte sich in dieser Hinsicht nicht mit der Auskunft A. G. allein begnügen. Es war ihm ja bekannt, daß J. G. an dem Münzverbrechen beteiligt war; er konnte auch über die Art der Beteiligung nicht im Zweifel sein; denn er wußte, daß die beiden Brüder W., von denen A. W. zur Zeit seiner Festnahme noch bei ihm beschäftigt war, an dem Verbrechen gleichfalls mitbeteiligt waren. Da dem Beklagten nun sicher bekannt war, daß zur Herstellung von falschen Banknoten Maschinen erforderlich sind, solche aber den Brüdern W. selbst nicht zur Verfügung standen, so mußte der Beklagte unwillkürlich auf den Gedanken kommen, daß J. G. die eine oder andere seiner Maschinen zur Herstellung der Banknoten zur Verfügung gestellt haben mußte. Nun meint zwar der Erstrichter, daß für jemand, der mit den Bestimmungen des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung bewandert ist, der Gedanke näher liegen mag, daß J. G., der der Münzfälschung beschuldigt war, seine Presse zur Herstellung falscher Banknoten verwendet hat und daß diese daher beschlagnahmt und eingezogen worden sein könne, daß aber im allgemeinen eine solche Kenntnis der gesetzlichen Bestimmungen nicht vorausgesetzt werden dürfe. Das Ber.-Gericht ist gegenteiliger An-

schauung. Es kann angesichts der vielfach angeordneten Beschlagnahmen und Einziehungen als eine allgemein verbreitete und sicher in den Kreisen der Fachleute bekannte Tatsache unterstellt werden, daß zur Verübung von Verbrechen oder Vergehen verwendete Gegenstände der Beschlagnahme und Einziehung unterliegen (vgl. auch R. 1917 Nr. 1142). Hiervon hatte der Beklagte sicher Kenntnis. Es mußten ihm daher Bedenken oder Zweifel aufstoßen, ob nicht etwa die von ihm zu erwerbende Schnellpresse beschlagnahmt oder eingezogen sei, da ihm in diesem Falle wohl auch bewußt war, daß er Eigentum nicht erwerben könne, auch wenn er die Presse näher besichtigt und die von B. angebrachten Siegelmarken nicht wahrgenommen hätte oder solche überhaupt nicht mehr vorhanden gewesen wären. Schon das gegen J. G. durchgeführte, mit seiner Verurteilung endigende Verfahren mußte den Beklagten stutzig machen und zur besonderen Vorsicht beim Erwerbe der Schnellpresse veranlassen, wollte er sich nicht der Gefahr aussetzen, daß ihm das Eigentum streitig gemacht werde. Eine Erkundigung oder Nachforschung, um sich Gewißheit über das freie Eigentum des J. G. zu verschaffen, wäre dem Beklagten nicht zu schwer gefallen; es wäre für ihn naheliegend gewesen, ebenso wie er im Juni oder Juli 1916 beim I. Staatsanwalte in München war, um für Frau G. wegen eines Asservats nachzufragen, sich bei diesem Staatsanwalt wegen der Schnellpresse zu erkundigen; auch eine Nachforschung bei der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gerichtsvollzieher in Augsburg hätte ihm wohl den richtigen Weg gezeigt, Aufschluß über die Eigentumsverhältnisse an der Schnellpresse zu erhalten.

Nach dem Erörterten wird festgestellt, daß der Beklagte mangels des guten Glaubens durch den Kauf und die Übergabe der Schnellpresse Eigentum an ihr nicht erworben hat. Der Kläger ist, wie oben dargetan, jetzt noch Eigentümer der Schnellpresse und daher berechtigt, vom Beklagten als dem derzeitigen Besitzer die Herausgabe der Presse zu verlangen, § 985 BGB."

Urteil des OLG. zu Augsburg (2. Sen.) v. 3. Juli 1919. Fiskus w. S. II. L 86/19. W—l.

---

178. Art. 17 Abs. 2 EGBGB. erfordert, daß die als Scheidungsgrund verwertete Tatsache unter den gegebenen Verhältnissen nach ausländischem Rechte die Scheidung rechtfertigt; Ehebruch als Scheidungsgrund nach österreichischem Recht.

Vgl. 73 Nr. 192; 71 Nr. 175.
EGBGB. Art. 17 Abs. 2; BGB. § 1565.

Die Streitteile waren von Abstammung Österreicher katholischen Glaubens; sie hatten am 2. Okt. 1894 in Steiermark die Ehe geschlossen und den ersten ehelichen Wohnsitz in Graz gehabt. Seit 1896 lebten sie getrennt. Sei wohnten seit längerer Zeit in Deutschland, der Mann seit 1896, die Frau seit 1911. Im Dezember 1911 wurde ihnen vom Landesgericht in Graz

infolge ihres einverständlich gestellten Ansuchens die Scheidung von Tisch und Bett bewilligt. Im März 1916 erwarb der Mann die preußische Staatsangehörigkeit, im Juni 1916 erhob er Klage auf Scheidung der Ehe. Die Klage hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Zutreffend geht das Ber.-Gericht davon aus, daß an sich für die Scheidung der Ehe die deutschen Gesetze maßgebend sind, daß aber solche Tatsachen, die sich vor dem März 1916 ereignet haben, als Scheidungsgrund nur berücksichtigt werden können, wenn sie auch nach dem österreichischen Recht ein Scheidungs- oder ein Trennungsgrund sind (Art. 17 Abs. 1 und 2 EGBGB.)...

Die Revision wirft dem Ber.-Urteil vor, daß es nicht genügend geprüft habe, ob die der Beklagten zur Last fallenden Ehebrüche auch nach österreichischem Rechte Scheidungs- (oder Trennungs-) gründe bildeten; sie meint, nach jenem Rechte könne ein Ehebruch nur dann als Scheidungsgrund geltend gemacht werden, wenn er zuvor durch ein strafgerichtliches Urteil festgestellt sei, auch trete, wenn — wie hier — der klagende Ehegatte sich selbst des Ehebruchs schuldig gemacht habe, Kompensation ein, die den Scheidungsanspruch ausschließe. Es ist zuzugeben, daß die Begründung des Ber.-Urteils in dieser Hinsicht einen gewissen Mangel aufweist. Das Urteil begnügt sich mit der Bemerkung, daß Ehebrüche auch nach österreichischem Rechte für Katholiken wenigstens Scheidungsgründe seien, während doch die Vorschrift in Art. 17 Abs. 2 EG. dahin zu verstehen ist, daß die als Scheidungsgrund zu verwendende Tatsache nach dem ausländischen Rechte nicht nur im allgemeinen einen Scheidungs- oder Trennungsgrund bilden, sondern als solcher auch unter den gegebenen Verhältnissen wirksam sein muß (vgl. die zu der gleichartigen Vorschrift in Art. 201 Abs. 2 EG. ergangenen Urteile RGEntsch. 46, 90; 47, 4).

Aber der erwähnte Mangel führt nicht zur Aufhebung des Ber.-Urteils, weil die Entscheidung nicht auf ihm beruht. Denn die von der Revision aufgestellten Behauptungen über den Inhalt des österreichischen Rechtes treffen nicht zu. Allerdings waren früher in der österreichischen Rechtsprechung solche Anschauungen, wie sie die Revision geltend machen will, vertreten worden, allein schon seit einer Reihe von Jahren geht die ständige Rechtsprechung, namentlich auch die des österreichischen Obersten Gerichtshofes, dahin, daß keine Kompensation der beiderseitigen Ehebrüche stattfindet und daß keine vorgängige Feststellung des Ehebruchs in einem Strafverfahren erforderlich ist (vgl. z. B. zu ersterer Frage Sammlung von Entsch. des Obersten Gerichtshofes Neue Folge Bd. VIII, Nr. 2932, 3014; Bd. XI, Nr. 4234, zu letzterer Frage Urteil vom 4. Mai 1915, Judikatenbuch des Obersten Gerichtshofes Nr. 224, abgedruckt Zentr.Bl. für Jurist. Praxis 1915, S. 834).

Eine Vorschrift über Ausschlußfristen für die Geltendmachung von Scheidungsgründen, wie in § 1571 des deutschen BGB., besteht nach österreichischem Rechte überhaupt nicht.



- Hiernach bildet der unverziehene Ehebruch der Beklagten mit H. ohne weiteres einen Scheidungsgrund nach § 1565 BGB. mit Art. 17 Abs. 2 EG. und trägt als solcher die Entscheidung."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 28. Mai 1919. T. w. T. (OLG. Breslau). IV. 90/19.

---

179. Eine stillschweigend und allgemein erteilte Zustimmung zum Ehebruch schließt das Scheidungsrecht aus § 1565 BGB. aus.

BGB. § 1565 Abs. 2.

Der Kläger klagte gegen seine Ehefrau auf Ehescheidung wegen Ehebruchs und unzüchtigen Verhaltens der Frau gegenüber den Gästen in der damals von den Parteien betriebenen Gastwirtschaft. Die Frau wandte ein, der Kläger sei mit dem ihr vorgeworfenen, unzüchtigen Treiben einverstanden gewesen. Der Einwand führte zur Abweisung der Klage. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Rüge der Revision, daß das Scheidungsrecht nur ausgeschlossen sei, wenn der gekränkte Ehegatte zu dem einzelnen vorgefallenen Ehebruch seine Zustimmung erteilt habe und daß er dazu die Person des Ehebrechers kennen müsse, ist verfehlt. Die Vorschrift des § 1565 Abs. 2 BGB., daß die Zustimmung zu dem Ehebruch des anderen Ehegatten das Scheidungsrecht ausschließt, beruht auf der Erwägung, daß der zur Handlung des andern seine Zustimmung erteilende Gatte diese Handlung sich zu eigen mache und zu erkennen gebe, ihre Begehung beeinträchtige seine eheliche Gesinnung nicht und mache ihm die Ehe nicht unerträglich (Mot. IV, S. 587). In dieser Hinsicht kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Zustimmung zum Ehebruch für einen bestimmten einzelnen Fall oder allgemein erteilt worden ist. Im letzten Falle gibt der zustimmende Gatte zu erkennen, daß er auf die eheliche Treue des andern überhaupt keinen Wert lege und seine eheliche Gesinnung durch außerehelichen Geschlechtsverkehr des andern, gleichviel wie oft und mit wem er stattfinde, nicht berührt werde. Solange er diese Erklärung nicht zurückgenommen und seine Sinnesänderung dem andern Teile gegenüber nicht zu erkennen gegeben hat, kann er einen ehebrecherischen Verkehr des andern nicht als Scheidungsgrund geltend machen. Demgemäß hat auch der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß auch eine allgemein erteilte Zustimmung zum Ehebruch einen Scheidungsanspruch ausschließt (JW. 1901, S. 868; 1904, S. 63[23]; 1908, S. 336[19]). Daß die Zustimmung nicht mit ausdrücklichen Worten erteilt zu werden braucht, sondern auch stillschweigend erklärt werden kann, wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen, und wenn das Berufungsgericht im vorliegenden Falle eine stillschweigende allgemeine Zustimmung des Klägers zum Ehebruch der Beklagten mit den im Lokal der Parteien verkehrenden Gästen festgestellt hat, so läßt sich das nach dem als erwiesen angenommenen, mit Kenntnis und Duldung des Klägers dauernd

fortgesetzten Treiben der Beklagten aus Rechtsgründen nicht beanstanden."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 24. Juni 1918. R. w. R. (KG. Berlin). IV. 151/18.

---

180. In der Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs kann eine Verzeihung gefunden werden, auch wenn die Ehegatten über den Fortgang des Scheidungsprozesses[!]einig gewesen sind.

BGB. § 1570.

„Daß die Beklagte mit Sch. geschlechtlich verkehrt hat, ist erwiesen. Die Parteien haben ferner übereinstimmend erklärt, daß sie, nachdem der Kläger von dem Ehebruch der Beklagten mit Sch. Kenntnis erlangt hatte, wiederholt miteinander geschlechtlich verkehrt haben. Sie streiten indessen darüber, ob in diesem Geschlechtsverkehr eine Verzeihung zu finden sei oder nicht. Hierüber war unter Würdigung aller einschlagenden Verhältnisse nach freiem Ermessen zu entscheiden. Daß die Beischlafsvollziehung nicht aus freiem Willen, sondern infolge von Drohungen, aus Furcht vor Mißhandlungen u. dgl. geschehen sei, ist nicht behauptet. Es erscheint daher auch bei Berücksichtigung der Standesverhältnisse und des Bildungsgrades der Parteien der Schluß gerechtfertigt, daß die Ehegatten, insbesondere auch der Kläger zur Zeit des Geschlechtsverkehrs die Ehe nicht oder nicht mehr als zerrüttet ansahen. Ein solcher Geschlechtsverkehr war nicht denkbar, solange der Kläger das eheliche Band als durch die ihm bekannte Verfehlung der Beklagten zerrissen ansah und empfand. Vom Kläger ist zwar geltend gemacht, daß der Geschlechtsverkehr nicht auf sein Ansuchen, sondern auf das der Beklagten stattgefunden habe, daß er das Ansuchen zunächst wiederholt zurückgewiesen habe mit der Begründung, die Beklagte wolle den Beischlaf nur herbeiführen, damit sie nicht geschieden werde, daß er der Beklagte erst zu Willen gewesen sei, als diese ihm versprochen habe, von dem Geschlechtsverkehr vor Gericht nichts zu sagen, und daß er ausdrücklich betont habe, er verzeihe der Klägerin nicht, die Ehe solle geschieden werden und der Prozeß seinen Gang nehmen. Diese Behauptungen, welche darauf hinauslaufen, daß die Parteien ausdrücklich darüber einig gewesen seien, die Verfehlung der Beklagten solle durch den Geschlechtsverkehr nicht verziehen werden, sind, auch wenn sie als wahr unterstellt werden, nicht geeignet, zu einem dem Kläger günstigen Ergebnis zu führen; denn die behaupteten ausdrücklichen Erklärungen der Ehegatten stehen mit ihren Handlungen, ihrem tatsächlichen Verhalten, in Widerspruch und sind um deswillen unbeachtlich (vgl. Gruchot 51, 187ff, JW. 1907, 79). Hiernach hat das angefochtene Urteil mit Recht angenommen, daß der Ehebruch der Beklagten mit Sch. vom Kläger verziehen ist."

Urteil des OLG. zu Rostock (1. Sen.) v. 5. Juni 1919. W. w. W. Wi 323, 1919. K—n.



181. Der Güterpfleger ist zur Annahme einer dem Fahnenflüchtigen angefallenen Erbschaft nicht berechtigt; in dem Verzicht auf den Erbteil zu Gunsten eines von mehreren Miterben liegt eine Annahme der Erbschaft.*

***Vgl. 62 Nr. 62 m. N.; 64 Nr. 153.**
BGB. §§ 1942. 1943; MStGO. § 360; StrPO. § 324.

Der Kläger wurde als Güterpfleger des am 16. Febr. 1916 für fahnenflüchtig erklärten Landmannes Peter Nielsen L., eines Bruders des Beklagten, bestellt. Beide Brüder und noch ein dritter waren Testamentserben ihrer am 2. Jan. 1917 gestorbenen Mutter.

Am 16. Febr. 1917 gab Peter Nielsen L. eine von einem dänischen Notar öffentlich beglaubigte Erklärung ab, daß er zugunsten seines Bruders Andreas Carstensen L. (des Beklagten) auf das Erbteil nach seiner Mutter verzichte. Der Kläger klagte auf Feststellung der Nichtigkeit dieser Erklärung sowie auf Auskunfterteilung über den Bestand der Erbschaft und auf deren Herausgabe zur gleichmäßigen Verteilung unter die drei Erben. Die Klage drang durch. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Nach §§ 360, 361 MStGO. unterliegt das im Reich befindliche Vermögen eines abwesenden Fahnenflüchtigen der Beschlagnahme und der Verwaltung eines bestellten Güterpflegers, und zwar erstreckt sich die Beschlagnahme nicht nur auf das z. Z. der Beschlagnahmeverfügung vorhandene, sondern auch auf das während der Dauer der Beschlagnahme erworbene Vermögen. (Vgl. Herz, MStGO. § 360 Abm. 4, Loewe StPO. § 324 Anm. 2.) Insoweit ist der Fahnenflüchtige selbst von jeder Verfügung über sein Vermögen ausgeschlossen. Als solche ist aber nicht anzusehen die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung einer während der Dauer der Beschlagnahme anfallenden Erbschaft. Eine Erbschaft gehört mit dem Eintritt des Erbfalls noch nicht endgültig zum Vermögen des Erben, vielmehr besteht bis zur Annahme oder Ausschlagung ein Schwebezustand derart, daß der Erbe zwar die Möglichkeit hat, die Erbschaft für sich zu erwerben, daß aber der Verzicht auf die Erwerbsmöglichkeit durch Ausschlagung nicht als eine Verfügung über bereits erworbenes Vermögen gilt. Daraus ergibt sich, daß die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft nicht dem Güterpfleger, sondern dem Erben persönlich zusteht, wofür auch die Erwägung spricht, daß ein Erwerb von Todeswegen nicht nur einen vermögensrechtlichen, sondern auch einen persönlichen Charakter hat, der bei einer Entscheidung durch den Güterpfleger nicht zur Geltung käme. Daß die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft keine Verfügung über bereits erworbenes Vermögen ist, zeigt sich auch darin, daß sie im Konkursfall (§ 9 KO.) dem Gemeinschuldner und nicht dem Konkursverwalter, sowie bei den Güterständen der Verwaltung und Nutznießung (§ 1406 BGB.) und der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1453) der Frau ohne Zustimmung des Mannes zusteht, endlich auch in der Bestimmung des § 1517 BGB., nach

der die Ausschlagung einer Erbschaft zugunsten eines andern keine Schenkung, d. h. keine Zuwendung aus dem Vermögen des Ausschlagenden ist.

Daraus folgt für den hier zur Entscheidung stehenden Fall, daß in dem Auftrag zur Klagerhebung durch den Kläger keinesfalls eine Annahme der Erbschaft liegen kann, da er als Güterpfleger zur Annahme der Erbschaft überhaupt nicht befugt war, diese vielmehr allein Sache des Peter Nielsen L. selbst war.

Es kann sich also nur darum handeln, ob Peter Nielsen L. die Erbschaft, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, durch eine Handlung, die auf seinem Willen, Erbe zu werden, schließen läßt, angenommen hat.

In der Erklärung des Peter Nielsen L. vom 16. Febr. 1917 ist eine stillschweigende Annahme des zur Erbschaft berufenen (sog. pro herede gestio) zu finden.

Sie enthält eine Verfügung über den Erbteil, aus der sich ergibt, daß der Erklärende über den ihm zufallenden Erbteil frei nach seinem Willen kraft eigenen Rechts verfügen wollte. Der Erklärende bringt damit zum Ausdruck, daß er sich als Erbe betrachtet, denn nur als solcher ist er zu einer Verfügung über die Erbschaft berechtigt. Diese Ausübung der nur dem Erben als solchen zustehenden Rechte am Erbteil steht einer ausdrücklichen Annahme der Erbschaft gleich.

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Erklärung durch das Anerkenntnisurteil vom 27. März 1918 für nichtig erklärt ist. Die Nichtigkeitserklärung hat nur die Bedeutung, daß die Erklärung als Erbverzicht zugunsten des Beklagten nichtig ist, da sie der vorgeschriebenen Form entbehrt, und daß der Beklagte aus ihr keine Rechte herleiten kann. Dadurch wird aber die Tatsache der Erklärung, in der allein die stillschweigende Erbschaftsannahme liegt, nicht aus der Welt geschafft.

Hatte aber Nielsen Peter L. einmal die Erbschaft angenommen, so konnte er sie nachher nicht mehr ausschlagen (§ 1943). Mit der Annahme der Erbschaft fällt diese in das der Beschlagnahme unterliegende Vermögen des Fahnenflüchtigen, und damit unter die Verwaltung des Güterpflegers, so daß dieser zur Geltendmachung der Ansprüche aus der Erbschaft aktiv legitimiert ist..."

Urteil des OLG. zu Kiel (3. Sen.) v. 4. Jan. 1919. L. w. L. U. III. 101/18. Schl. Holst. Anz. 1919, S. 37.

---

182. Auch die nur einem Miterben zur Last fallenden Nachlaßverbindlichkeiten müssen auf Verlangen der übrigen Miterben vor der Teilung berichtigt werden.

BGB. § 2046.

Der am 9. Mai 1914 verstorbene U. R. hatte in seinem Testamente seine drei Kinder, Friedr. Wilhelm, Helene Anna Ida (die Klägerin) und Richard, als Erben eingesetzt und die genannte Tochter zur Testamentsvollstreckerin



ernannt. Der Sohn Friedr. Wilh. Richter starb nach dem Vater und wurde von seiner Witwe und seinen Kindern, den Beklagten, beerbt. Zum Nachlasse des U. R. gehörten zwei in Berlin gelegene Hausgrundstücke, Neue Friedrichstraße 48 und Straußbergerstr. 4, bezüglich deren im Testamente bestimmt war, daß das erstere den beiden Söhnen gemeinschaftlich, das letztere der Tochter erblich zufallen solle. Die Hausgrundstücke waren mit Hypotheken belastet.

Die Klägerin behauptete, die ihr als Testamentsvollstreckerin obliegende Auseinandersetzung des Nachlasses erfordere die Auflassung der bezeichneten Grundstücke an diejenigen Erben, denen sie nach dem Testamente zufallen sollten; das Grundstück Straußbergerstr. 4 habe sie an sich selbst aufgelassen, bezüglich des Grundstücks Neue Friedrichstr. 48 aber weigerten sich die nach dem Testamente damit Bedachten, die Auflassung entgegenzunehmen. Sie wolle auch die Verwaltung des letztgenannten Grundstücks nicht weiterhin beibehalten. Das Kapitalvermögen sei geteilt. Sie erhob gegen ihren Bruder Richard und gegen die Erben ihres Bruders Friedrich Wilhelm Klage mit dem Antrage, sie zu verurteilen, die Auflassung des Grundstücks Neue Friedrichstr. 48 entgegenzunehmen und die Verwaltung des Grundstücks zu übernehmen. Landgericht und Kammergericht gaben der Klage statt. Das Reichsgericht hob auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Beklagten vertreten den Standpunkt, daß der mit der Auflassung des in Rede stehenden Grundstücks beabsichtigten endgültigen Auseinandersetzung des Nachlasses der § 2046 Abs. 1 BGB. entgegenstehe, indem die Nachlaßverbindlichkeiten, nämlich die auf den Grundstücken lastenden Hypothekenschulden, noch nicht berichtigt seien. Das Berufungsgericht meint, dieser Einwand greife hier nicht durch. Es folgert aus dem Testamente des Erblassers und aus der Natur der Sache, daß nach dem Willen des Erblassers die Grundstückslasten, auch soweit der Erblasser persönlicher Schuldner dieser Lasten gewesen sei, nur diejenigen der Erben treffen sollten, denen das belastete Grundstück zufalle; infolgedessen sei die auf dem Grnndstück Neue Friedrichstraße 48 lastende Hypothekenschuld nach § 2045 Abs. 2 als eine solche Nachlaßverbindlichkeit anzusehen die nur einigen Miterben zur Last falle, und die Beklagten könnten nach der bezeichneten Vorschrift deren Berichtigung nur aus dem verlangen, was ihnen aus der Auseinandersetzung zukomme. Sie seien aber in der Lage, die Berichtigung der auf dem fraglichen Grundstücke ruhenden Verbindlichkeiten selbst vorzunehmen, nachdem ihnen das Grundstück aufgelassen sei; die Auseinandersetzung könne durch die im übrigen auch schwierige und zeitraubende Berichtigung der Hypothekenschulden nicht aufgehalten werden.

Diese Erwägungen können nicht als zutreffend anerkannt werden. Zwar begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, daß nach dem Willen des Erblassers die Grundstückslasten nur diejenigen der Erben treffen sollten, denen er die einzelnen Grundstücke zuwies, keinem Bedenken, wohl aber sind die daraus

gezogenen rechtlichen Folgerungen zu beanstanden. Die Vorschrift in § 2046 Abs. 2 bietet keine Grundlage für die Anschauung des Berufungsgerichts, daß für die Berichtigung der darin erwähnten Verbindlichkeiten der Abs. 1 außer Wirksamkeit trete; denn Abs. 2 spricht nur von den zur Berichtigung derartiger Verbindlichkeiten zu verwendenden Mitteln, aber nicht davon, wann die Berichtigung zu erfolgen habe, und aus dem Zusammenhalte der drei Absätze des § 2046 ergibt sich deutlich, daß auch im Abs. 2 von einer **vor** Teilung des Nachlasses vorzunehmenden Berichtigung der Verbindlichkeiten nicht soll abgesehen werden dürfen. Die Erwägung des Berufungsgerichts, daß ja die Beklagten selbst aus dem ihnen aufzulassenden Grundstücke die Verbindlichkeiten berichtigen könnten, läßt außer acht, daß es für die Beklagten einen wesentlichen Unterschied macht, ob in solcher Weise verfahren wird oder ob die Berichtigung durch die dazu berufene Testamentsvollstreckerin vor der Nachlaßteilung geschieht. Im ersten Falle träfe die Beklagten die uneingeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten gemäß §§ 2058 ff. BGB. und zwar nach doppelter Richtung: sie müßten einerseits nicht nur für die Schulden haften, die auf dem ihnen zufallenden Grundstücke lasten, sondern für alle Nachlaßschulden, also namentlich auch für die Hypothek auf dem Grundstücke Straußbergerstr. 4, und sie würden anderseits nicht nur mit dem ererbten, sondern auch mit ihrem sonstigen Vermögen haften. Gegen diese weitgehende Haftung will das Gesetz die Erben durch die Vorschrift in § 2046 Abs. 1 schützen; sie kann ihnen nicht gegen ihren Willen von den Miterben durch die Art der Teilung aufgezwungen werden. Das Berufungsurteil ist auf den Gesichtspunkt, daß durch das von der Klägerin eingeschlagene Verfahren die Beklagten mit einer Haftung über ihren Erbteil hinaus belastet würden, überhaupt nicht eingegangen; bezüglich der den Beklagten drohenden Haftung für die Hypothekenschuld auf Straußbergerstr. 4 sagt es, aus den Erklärungen der Klägerin gehe hervor, daß sie die anteilmäßige Mithaftung der Beklagten an den Schulden ihres Grundstücks nicht fordere. Dabei wird jedoch außer acht gelassen, daß es nicht auf den Willen der Klägerin ankommt, daß vielmehr die Mithaftung gegenüber den Gläubigern kraft Gesetzes eintritt (§ 2058). Die Klägerin scheint allerdings den Standpunkt einzunehmen, als ob die Hypotheken so sicher seien, daß eine persönliche Haftung gar nicht in Frage kommen könne; aber die Beklagten hatten sich ausdrücklich gegen eine ihnen aus dieser Richtung drohende Gefahr verwahrt, und eine Feststellung, daß dies grundlos wäre, ist nicht getroffen.

Das Ber.-Gericht hat, wie erwähnt, für seine Entscheidung auch den aus dem Testamente zu entnehmenden Willen des Erblassers in Betracht gezogen, und zwar in dem Sinne, daß durch ihn die Anwendung des Abs. 2 von § 2046 gerechtfertigt werde. Der Inhalt des Testaments hätte aber auch Anlaß zum Aufwerfen der Frage bieten können, ob nicht der Erblasser eine Teilungsanordnung nach § 2048 BGB. sowohl hinsichtlich der Grundstücke als auch hin-

sichtlich der darauf ruhenden Lasten zu treffen beabsichtigte, an welche auch die Beklagten gebunden wären. Eine Aufrechterhaltung des Berufungsurteils gemäß § 563 ZPO. aus diesem Gesichtspunkt ist jedoch nicht tunlich; dazu bedürfte es noch einer weitergehenden Feststellung über den Willen des Erblassers, die von hier aus nicht erfolgen kann. Wenn auch wohl dem Willen des Erblassers nicht die alsbaldige Heimzahlung der Hypotheken, sondern ihr Weiterbestand und ihre Übernahme durch die Erben entsprechen mag, so ist es doch fraglich, ob er den einzelnen Erben hat zumuten wollen, die persönliche Haftung auch für die auf dem Grundstücke der anderen Erben lastenden Hypotheken — wenigstens zeitweilig, vgl. § 416 BGB. — zu übernehmen. Solange aber darüber keine Klarheit besteht, läßt sich nicht sagen, daß das Vorgehen der Klägerin im Einklange, das Verhalten der Beklagten im Widerspruche mit dem Willen des Erblassers stehe. Deshalb mußte die Aufhebung des Ber.-Urteils und die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz erfolgen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. April 1919. R. w. R. (Kammergericht Berlin). IV. 412/18. Auch in Entsch. 95 Nr. 107. S. 325.

---

183. Wirksame Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, daß der Vorerbe nicht anders letztwillig über den Nachlaß verfügt.

BGB. §§ 2065. 2075. 2108.

Der 1906 gestorbene F. L. ernannte in seinem Testament seine Frau zu seiner alleinigen Erbin und unter der Voraussetzung, daß diese nicht ihrerseits eine anderweite letztwillige Verfügung treffen würde, seine Nichte E. L. zur Nacherbin. Er befreite die Vorerbin in dem höchsten zulässigen Umfange von den Beschränkungen und Verpflichtungen des BGB., erklärte sie zur freien Verfügung über die Erbschaft für berechtigt und ermächtigte sie ferner, durch letztwillige Verfügung über die Erbschaft anderweit, als in dem Testamente geschehen sei, zu verfügen, oder Zusätze zu dem Testamente zu machen. Der Nacherbin war für den Fall, daß sie zur Nacherbfolge gelange, die Verpflichtung auferlegt, einer Anzahl Seitenverwandter Vermächtnisse von je 10000 ℳ auszuzahlen. Die Witwe L. errichtete am 23. Januar 1914 ein Testament in dem sie unter anderem bestimmte, daß die Nichte ihres Ehemannes E. L. das von jenem stammende Vermögen erhalten sollte, und im wesentlichen die Vermächtnisanordnungen ihres Mannes aufrecht erhält. Das Erbschaftssteueramt legte der Ebrschaftssteuerberechnung lediglich das Testament der Witwe L. zugrunde. Der Testamentsvollstrecker zahlte die erforderte Steuer forderte aber Rückzahlung des nach seiner Berechnung bei Zugrundelegung des Testaments des Ehemannes L. zuviel erhobenen Betrages. Die Klage hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Oberlandesgericht erörtert zunächst die Frage, ob es etwa gegen die Vorschrift in § 2065 BGB. verstößt, wenn der Ehemann seine Nichte E. L.

unter der Voraussetzung zu seiner Nacherbin ernennt, daß seine als Alleinerbin eingesetzte Frau nicht ihrerseits nach seinem Tode eine anderweite letztwillige Verfügung errichte, und wenn er weiter die Frau ermächtigt, durch eine von ihr zu errichtende letztwillige Verfügung über die Erbschaft anders, als in diesem Testament geschehen ist, zu verfügen oder Zusätze zu diesem Testamente zu machen. Wäre die Frage zu bejahen, so würden die Anordnungen des Ehemannes L. der Rechtswirksamkeit entbehren. Das OLG. verneint aber die Frage und hält die getroffene Regelung der Nachfolge in das Vermögen für zulässig. Sie widerspreche, so sagt es, dem § 2065 nach dem Grundgedanken, dem diese Vorschrift dienen solle, nicht, sondern mache die Verfügungen des Erblassers insoweit zulässigerweise von der auflösenden Bedingung einer anderweiten Verfügung durch Testament der Vorerbin abhängig.

Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß F. L. seine Nichte unter einer auflösenden Bedingung zur Nacherbin eingesetzt habe, nennt die Revision unmöglich, die der überlebenden Ehefrau beigelegte Befugnis zur letztwilligen Verfügung über den Nachlaß erscheint ihr mit deren Stellung als Vorerbin unvereinbar. Sie folgert daraus, daß die Witwe als Vollerbin anzusehen sei, höchstens meint sie, könne die Nichte als unter einer aufschiebenden Bedingung von ihrem Onkel zur Nacherbin berufen gelten.

Die Rüge ist unbegründet. Daß es trotz der Vorschrift in § 2065 (über dessen Sinn und Bedeutung vgl. Mot. V S. 30, 35, 41 und Prot. V S. 15ff., insbesonders S. 19) zulässig ist, einen Nacherben unter der — sei es aufschiebenden, sei es auflösenden — Bedingung einzusetzen, wenn der Vorerbe nicht anders über den Nachlaß verfüge, hat der erkennende Senat nicht nur in dem vom Oberlandesgericht angeführten Urteile vom 16. Juni 1910 IV 535/09 JW. Schr. 820 Nr. 42, sondern auch in dem gerade den Fall einer auflösenden Bedingung behandelnden Urteile vom 13. Dez. 1915 IV 255/15 ausgesprochen. Der Ansicht des Senats hat sich das Bayerische Oberste Landesgericht angeschlossen (KGJ. 50, 236); sie wird auch in der Rechtslehre meist vertreten. Ihr steht das Urteil des VII. Zivilsenats vom 10. Jan. 1919 VII 301/1918, auf das sich die Revision beruft, nicht entgegen. Dort ist lediglich gesagt, daß für die Auffassung, es liege die Anordnung einer Nacherbschaft vor, die unter die Bedingung gestellt sei, wenn der Vorerbe eine Verfügung von Todes wegen unterlasse, nur unter besonderen Umständen Raum sein werde, die rechtliche Möglichkeit einer solchen Anordnung ist also auch dort anerkannt. Eher könnte die Revision das Senatsurteil Entsch. 79, 32 für ihre Ansicht ins Feld führen. Der damals entschiedene Fall lag aber immerhin anders als der jetzt zu entscheidende. Wie es sich damit aber auch verhalten möge, jedenfalls ist an dem in den Urteilen vom 16. Juni 1910 und 13. Dezember 1915 ausgesprochenen Grundsatze festzuhalten. Hat der Vorerbe die Befugnis, die Berufung des Nacherben durch letztwillige Verfügung in Wegfall zu bringen, so bleibt allerdings bis zum Tode des Vorerben bei einer aufschiebenden Bedingung zweifelhaft,

ob der Nacherbe dereinst wirklich zur Nacherbschaft gelangt oder nicht, und bei einer auflösenden Bedingung ungewiß, ob er Nacherbe bleibt oder nicht. Allein eine solche Ungewißheit ist bei bedingten letztwilligen Zuwendungen regelmäßig vorhanden. Trotzdem läßt das Gesetz die Einsetzung auch des Nacherben unter einer aufschiebenden Bedingung sogar ausdrücklich zu (§ 2108 Abs. 2 Satz 2) und ist ebensowenig an der Zulässigkeit der Einsetzung auch des Nacherben unter einer auflösenden Bedingung zu zweifeln (vgl. § 2075). Dadurch allein, daß dem Vorerben vom Erblasser die Befugnis beigelegt ist, die Berufung des Nacherben durch letztwillige Verfügung zu beseitigen, wird er noch nicht zum Vollerben. Er bleibt vielmehr durch die angeordnete Nacherbschaft solange in seinem Erbrechte beschränkt, als nicht mit seinem Ableben gewiß wird, daß er eine die Nacherbschaft beseitigende Verfügung von Todes wegen getroffen hat. Auch das ist in den Senatsurteilen vom 16. Juni 1910 und 13. Dez. 1915 bereits ausgesprochen. Ist es hiernach trotz der Vorschrift in § 2065 zulässig, einen Nacherben auch unter der auflösenden Bedingung einzusetzen, daß der Vorerbe nicht anders über den Nachlaß verfügt, so kann für die Anordnung von Vermächtnissen, die dem Nacherben unter einer derartigen Bedingung auferlebt sind, nichts anderes gelten. Im Streitfall ist es übrigens, wenn die Vorerbin keine anderweite letztwillige Verfügung getroffen hat, im Ergebnisse gleichgültig, ob man die Bedingung als auflösende oder als aufschiebende ansieht."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. April 1919. Preuß. Staat w. L. (OLG. Celle). IV 58/19 Auch in Entsch. 95 Nr. 91 S. 278.

---

184. Gegenüber der Klage des Testamentsvollstreckers ist zwecks Bestreitens seiner Klageberechtigung der Einwand der Nichtigkeit des Testaments zulässig.

Vgl. 73 Nr. 163 m. N.
BGB. § 2197. 2203. 2212; ZPO. § 327.

Der Kläger war in dem Testament des verstorbenen M. als Testamentsvollstrecker eingesetzt, der Beklagte gehörte zu den gesetzlichen Erben des M. Der Beklagte erklärte dem Kläger, er beabsichtige das Testament wegen Geisteskrankheit des Erblassers der Testamentserbin gegenüber als nichtig anzufechten und ersuche deshalb den Kläger, sich jeder Amtshandlung zu enthalten. Der Kläger erhob darauf Klage auf Feststellung, daß er das Recht habe, das Testament als Testamentsvollstrecker zur Ausführung zu bringen. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab. Die Revision war erfolglos. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

Das OLG. kommt zur Abweisung der Klage, weil es nach dem Ergebnisse der von ihm veranstalteten Beweisaufnahme das Testament und damit die in ihm enthaltene Ernennung des Klägers zum Testamentsvollstrecker wegen

Geschäftsunfähigkeit des Erblassers als nichtig ansieht. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Oberlandesgericht den vom Beklagten unternommenen Beweis der Geschäftsunfähigkeit des Erblassers in diesem Rechtsstreit überhaupt zugelassen hat. Sie hält der vom Kläger erhobenen Klage gegenüber den Einwand der Geschäftsunfähigkeit des Erblassers solange für ausgeschlossen, als der Beklagte nicht die Unwirksamkeit des Testaments mit Rechtskraft gegenüber den Personen zur Feststellung gebracht habe, die aus dem Testament im Falle seiner Gültigkeit Rechte ableiten können. Dieser Angriff geht fehl.

Zwar ist es richtig, daß es sich nach der Klage und auch nach der Auffassung des Oberlandesgerichts hier nicht, mindestens nicht unmittelbar, um die Feststellung des Nichtbestehens eines Erbrechts des Beklagten oder um die Gültigkeit des Testaments, sondern um die Berechtigung des Klägers handelt, als Testamentsvollstrecker das Testament des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Ziel und Gegenstand der Klage ist, wie das Oberlandesgericht mit dem Kläger annimmt, lediglich die Beseitigung der Störung, die in der Testamentsvollstreckertätigkeit des Klägers dadurch eingetreten ist, daß der Beklagte gegen die Ausführung des Testaments Widerspruch erhoben hat. Aber alles das ändert nichts daran, daß sich der Kläger zur Begründung seiner Klage auf das Testament und die in ihm enthaltene Ernennung zum Testamentsvollstrecker beruft und, wenn er durchdringen will, auch zu berufen genötigt ist. Er muß sich deshalb auch gefallen lassen, daß der Gegner die Gültigkeit des Testaments und die Ernennung zum Testamentsvollstrecker bestreitet und auf diese Weise der Klage die Grundlage zu entziehen sucht, auf die sie aufgebaut ist. Indem der Beklagte geltend macht, daß das die Testamentsvollstreckung anordnende Testament des Erblassers nichtig sei, bekämpft er die Klageberechtigung des Klägers (seine Aktivlegitimation), und zur Bekämpfung der Klageberechtigung des Klägers ist ein Beklagter stets befugt. Allerdings bekleidet der Testamentsvollstrecker, wenn auch nicht im öffentlich rechtlichen Sinne ein „Amt" (vgl. §§ 2197, 2201, 2202, 2221, 2224, 2225, 2226 BGB.), das ihn bei Vermeidung einer persönlichen Haftung (§ 2219) verpflichtet, die sich aus dem Amte ergebenden Obliegenheiten zu erfüllen, zu denen die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers gehört (§ 2203). Allein dieses Amt kommt, wie es in den Fällen des § 2225 ohne weiteres erlischt, gar nicht erst zur Entstehung, wenn die Ernennung zum Testamentsvollstrecker unwirksam ist. Unwirksam aber ist sie nicht etwa nur, wenn einer der in § 2201 bezeichneten, in der Person des Ernannten liegenden Gründe zutrifft, sondern vor allem auch dann, wenn die letztwillige Verfügung, in der die Ernennung ausgesprochen ist, der Gültigkeit entbehrt. Dabei ist es gleichgültig, ob die Ernennung zum Testamentsvollstrecker in einer öffentlichen Urkunde oder in einem eigenhändigen Testament erfolgt ist und ob der Testamentsvollstrecker durch förmliche Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte das Amt angenommen hat (§ 2202) oder nicht. Die Erwägung des OLG., die Wirksamkeit der Ernennung zum Testaments-

vollstrecker habe die Gültigkeit des die Ernennung enthaltenden Testaments zur Voraussetzung, ist also richtig und ausschlaggebend. Die ihr angeschlossene Bemerkung, die Ungültigkeit des Testaments bilde einen zu dem im Gesetz (§ 2225) angeführten Gründen hinzutretenden, in der Natur der Sache liegenden „Endigungsgrund" für das Testamentsvollstreckeramt, ist zwar insofern ungenau, als die Ungültigkeit des Testaments, wie bereits angedeutet, keinen Endigungsgrund, sondern einen Grund dafür abgibt, daß das Amt des Testamentsvollstreckers gar nicht erst zur Entstehung gelangt. Diese Ungenauigkeit ist aber sachlich bedeutungslos.

Wenn die Revision ausführt, der Kläger müsse zur Erfüllung der sich aus dem Testamentsvollstreckeramt ergebenden Obliegenheiten solange verpflichtet und deshalb auch berechtigt erscheinen, als die Möglichkeit bestehe, daß in einem anderen Rechtsstreite zugunsten der in dem Testamente Bedachten die Gültigkeit des Testaments festgestellt werde, so kann ihr darin nicht gefolgt werden. Freilich wirkt das in dem vorliegenden Rechtsstreit ergehende Urteil, da es nicht unter die Bestimmung in § 327 ZPO. fällt (vgl. §§ 2212, 2213 BGB.), nur für und gegen die Parteien (§ 325 ZPO.). Endgültig läßt sich die Frage, ob das Testament vom 29. Mai 1915 gültig ist oder nicht, und die davon abhängige Frage, ob der Erblasser nach dem Gesetz oder nach dem Testamente beerbt wird, nicht zwischen dem Kläger und dem Beklagten, sondern nur zwischen den gesetzlichen Erben und den im Testamente Bedachten austragen (vgl. Mot. 5 S. 237, Prot. 5 S. 300, JW. 1909 S. 52 Nr. 18 unter 2). Aber das hindert den Beklagten nicht, in dem vom Testamentsvollstrecker gegen ihn angestrengten Rechtsstreite die Ungültigkeit des Testaments geltend zu machen und damit dem Kläger die Klageberechtigung zu bestreiten. Der Umstand, daß die Frage nach der Gültigkeit des Testaments nicht zwischen den Parteien zum endgültigen Austrage gebracht werden kann, könnte höchstens Zweifel an der Zulässigkeit der vom Kläger erhobenen Feststellungsklage aufkommen lassen. Dann nämlich, wenn die Gültigkeit des Testaments den unmittelbaren Streitgegenstand unter den Parteien bildete. Das ist aber nach der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht der Fall, und diese Auffassung ist dem Kläger günstig, übrigens auch zutreffend. Davon, daß das Oberlandesgericht dem Kläger zumute, mit der Erfüllung seiner Amtspflicht zu warten, bis es dem Beklagten belieben werde, seinerseits mit gerichtlichen Schritten gegen die in dem Testamente Bedachten vorzugehen, kann schon im Hinblick auf die Zulassung der Feststellungsklage nicht die Rede sein. Auch was die Revision sonst noch zur Unterstützung ihrer ersten Rüge vorbringt, ist nicht geeignet, das Berufungsurteil zu Fall zu bringen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 19. Juni 1919. G. w. M. (OLG. Karlsruhe). IV. 16/19.

185. Zur Vornahme von Verfügungen, bei denen ein Widerstreit der eigenen Interessen des Testamentsvollstreckers mit denen seines Amtes besteht, ist nicht der Testamentsvollstrecker, wohl aber der Erbe selbst berechtigt.

BGB. §§ 2205. 2208. 2211.

In einer Grundbuchsache wurde vom Grundbuchrichter das Recht des Erben zur Abtretung einer Nachlaßhypothek an den Testamentsvollstrecker in Zweifel gezogen und verlangt, daß der Testamentsvollstrecker selbst die Hypothek an sich abtrete. Die Beschwerde des Testamentsvollstreckers blieb ohne Erfolg, seiner weiteren Beschwerde wurde stattgegeben. Aus den Gründen:

„Bei Untersuchung der Befugnisse, die einem zum Testamentsvollstrecker ernannten Miterben zustehen, hat der Senat in früheren Entscheidungen (vgl. KGJ. 24 S. A 106; 25 S. A 72; 27 S. A 194) die Ansicht vertreten, daß ein Testamentsvollstrecker zu seinen Gunsten über Nachlaßgegenstände nur verfügen dürfe, wenn er von dem Erblasser ausdrücklich oder stilischweigend dazu ermächtigt worden sei oder wenn er zugleich im Interesse der Miterben handle. Demgegenüber hat sich das RG. (Entsch. 61, 139) bei Untersuchung der gleichen Frage zu dem Grundsatze bekannt, daß ein Testamentsvollstrecker zu derartigen Verfügungen regelmäßig berechtigt sei, und Ausnahmen nur für die Fälle zugelassen, daß ein entgegenstehender Wille des Erblassers erkennbar sei (§ 2208 BGB.) oder ein Widerstreit der Interessen bestehe. Auf den Boden dieser Entscheidung hat sich die Mehrzahl der Schriftsteller gestellt, sie liegt auch der Entscheidung des OLG. Rostock in OLG. 26, 351 zugrunde. Der Senat hat sich bereits wiederholt der Entscheidnng des RG. angeschlossen. Hieran ist auch jetzt festzuhalten. Ergibt sich aus § 2205 in Verbindung mit § 2208 BGB. ohne weiteres die Regel, daß der Testamentsvollstrecker anch zn Verfügungen zu seinen Gunsten befugt ist, wenn ihnen nicht der Wille des Erblassers entgegensteht, und stellt sich die Vorschrift des § 2208 als eine Ausnahme dieser Regel dar, so rechtfertigt sich die weitere, für den Fall des Interessenwiderstreits aufzustellende Ausnahme aus der Erwägung, daß der Testamentsvollstrecker bei Verfügungen, deren Ausführung einen Gegensatz seiner eigenen Interessen und derjenigen seines Amtes hervortreten läßt, an der pflichtmäßigen Ausübung seines Amtes gehindert ist. Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben. Es wird an sich schon bei Veräußerungen von Nachlaßgegenständen durch den Testamentsvollstrecker an ihn selbst in der Regel ein Widerstreit der Interessen bestehen, und zwar nicht nur bei unentgeltlichen, sondern auch bei entgeltlichen Veräußerungen; denn bei den letzteren hat der Erbe ein Interesse daran, daß ein möglichst hohes Entgelt bei dem veräußerten Gegenstand erzielt wird, während dem Testamentsvollstrecker als Erwerber daran gelegen sein muß, das Entgelt möglichst niedrig zu bemessen. Wenn daher auch nicht jede Abtretung einer Nachlaßforderung an den Testamentsvollstrecker einen solchen

Interessenwiderstreit zu enthalten braucht (OLG. 26. 351), so kommt doch hier in Betracht, daß der Beschwerdeführer selbst den Interessengegensatz hervorgehoben hat. Hiernach liegt kein Anlaß vor, das Vorhandensein eines solchen zu bezweifeln, zumal da das Testament keinen Anhalt für etwas Abweichendes bietet.

Geht man aber davon aus, daß der Beschwerdeführer infolge des Interessengegensatzes verhindert war, selbst die Hypothek an sich abzutreten, so entsteht die weitere Frage, ob dadurch die unmittelbare Übertragung der Hypothek an ihn überhaupt ausgeschlossen wurde oder ob die Erbin nunmehr berechtigt ist, die Abtretung vorzunehmen. Bei der Testamentsvollstreckung soll der Erbe nach dem Willen des Erblassers nur durch bestimmte, von dem Erblasser bezeichnete oder nach seiner Anordnung auszuwählende Personen in der Verfügung über die Nachlaßgegenstände beschränkt werden (§§ 2197 bis 2199 BGB.). Daraus folgt, daß, wenn diese Personen wegfallen und der Erblasser keinen Ersatz vorgesehen hat, die Verfügungsbefugnis wieder dem Erben zusteht. Dadurch unterscheidet sich die durch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers herbeigeführte Verfügungsbeschränkung des Erben von der Verfügungsbeschränkung des Schuldners im Falle der Nachlaßverwaltung oder des Konkurses, die von einem Wechsel in der Person des Nachlaß- oder Konkursverwalters unabhängig ist. Hat aber der Wegfall der Testamentsvollstreckung die Beendigung der Verfügungsbeschränkung des Erben zur Folge, so hat das gleiche auch dann zu gelten, wenn der Testamentsvollstrecker durch rechtliche in seiner Person liegende Gründe gehindert ist, eine bestimmte Verfügung über einen Nachlaßgegenstand vorzunehmen. Denn in dem Umfang, in dem der Testamentsvollstrecker zur Wahrnehmung seines Amtes unfähig wird, liegt gleichfalls ein Wegfall der Testamentsvollstreckung vor. Auch dem Wegfall eines von mehreren Testamentsvollstreckern i. S. des § 2224 Abs. 1 Satz 2 BGB. hat der Senat in der Entsch. KGJ. 46, 134 in Übereinstimmung mit dem RG. (Entsch. 58, 299; 61, 139) den Fall gleichgestellt, daß der eine Testamentsvollstrecker dauernd an der Mitwirkung bei dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts verhindert ist. Ebenso hat der Senat bereits in einem Falle, in dem er den Testamentsvollstrecker wegen Interessengegensatzes für rechtlich unfähig zur Durchführung der Auseinandersetzung erachtete, die Folgerung gezogen, daß die Erben selbst die Auseinandersetzung vornehmen müßten (KGJ. 26 S. A 20). Diese Folgerung ist von Herzfelder bei Staudinger BGB. §§ 2197 ff. A. III 2 g, Oberneck GBR. 2 S. 599, Turnau-Förster 2 S. 305 gebilligt worden. Auch Leonhard vertritt (Erbr. § 2205 A. III C 4) die Auffassung, daß in Fällen, wo der Testamentsvollstrecker an der Ausführung einer bestimmten Leistung gehindert sei, in entsprechender Anwendung des § 1909 BGB. ein Pfleger zu bestellen sei. Dieser Auffassung ist aber der Senat in der zuletzt erörterten Entsch. (KGJ. 26 S. A 20) entgegenzutreten. Hiernach war die Erbin auch im vorliegenden Falle, da ein Ersatzmann für den Testa-

mentsvollstrecker nicht bestimmt ist, befugt, die beabsichtigte Abtretung der Hypothek selbst vorzunehmen. Die von unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers handelnden Entsch. GKJ. 33, S. A 164 und RGEntsch. 74, 215 stehen nicht entgegen."

Beschluß des Kammergerichts zu Berlin (1. Sen.) v. 20. Sept. 1917. 1. X. 212/17. KGJ. 50 S. A 162.

---

186. Haftung für die Schulden bei Übernahme eines Handelsgeschäfts.

Vgl. 59 Nr. 237, 69 Nr. 211.
HGB. § 25.

Die Firma „Kartoffel- und Fourage-Kontor G. m. b. H." machte eine Forderung geltend, gegen welche die Beklagte eine ihr gegen den Kaufmann Kl. in Firma Kartoffel- und Fourage-Kontor Fritz Kl. erwachsene Forderung auf Grund des § 25 HGB. zur Aufrechnung stellte. Der Aufrechnung wurde für zulässig erklärt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Entscheidung hängt davon ab, ob im Sinne des § 25 HGB. die Verbindlichkeiten des Kaufmannes Kl. auf die Klägerin übergegangen sind. Solches ist anzunehmen, falls Klägerin das Geschäft des Kl. unter Lebenden erworben hat und unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt (§ 25 HGB.). Das Geschäft des Kl. ist von der Klägerin unter Lebenden erworben. Kl. betrieb als Einzelkaufmann ein Kartoffel- und Futtermittelgeschäft in H. Das Inventar gehörte seiner Ehefrau, Kl. selbst hatte am 16. Mai 1914 den Offenbarungseid geleistet, war am 17. März 1915 als unpfändbar befunden und lebte seit dem 17. Jan. 1916 mit seiner Ehefrau in Gütertrennung. Letztere war daher materiell vorzugsweise am Geschäft beteiligt. Wie die Firmenakte des Amtsgerichts H. betr. die Firma Kartoffel- und Fouragekontor G. m. b. H. ergibt, ist am 12. Juni 1916 dieses letztgenannte Unternehmen begründet. Es hatte zum Gegenstand den Betrieb eines Kartoffel- und Futtermittelgeschäftes. Die Ehefrau Kl. brachte das ihr zugehörige Inventar aus dem Geschäft ihres Ehemannes ein. Sie beteiligte sich weiter mit einem Barkapital von 8000 M, Kl. schoß selbst 2000 M ein, ein Dr. J. brachte 5000 M zu. Zum alleinigen Geschäftsführer wurde der Ehemann Kl. bestellt. Diese Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht, die jetzige Klägerin, setzt in den Räumen der früheren Einzelfirma mit dem dortigen Inventar durch dieselbe leitende Persönlichkeit die bisherigen Geschäftsbeziehungen des Kl. fort. Speziell im vorliegenden Falle sind unstreitig die ursprünglich zwischen dem Einzelkaufmann Kl. und der Seween-Gesellschaft (früher der Firmenname der Beklagten) getätigten Abschlüsse vom 29. März, 5. April, 10. April 1916, welche wegen eingetretener Einführung von Höchstpreisen hinfällig geworden waren, unter den jetzigen Parteien neu getätigt.

Es ist aber auch die alte Firma fortgeführt. Kl. hatte allerdings seine Firma unter der Bezeichnung Kartoffel- und Fourage-Kontor Fritz Kl., Hamburg, unter dem 8. Mai 1916 zur Eintragung gebracht. Müßte man vorliegendenfalls mit dieser Firma in dieser Fassung rechnen, so würde freilich die Klägerin, welche sich „Kartoffel- und Fourage-Kontor G. m. b. H." nennt, nicht die Firma fortführen im Sinne des § 25 HGB. Es hat aber Kl. nach außen hin, und zwar gerade auch im Verkehr mit der Beklagten, sich nicht des eingetragenen, sondern eines Geschäftsnamens bedient, welcher lediglich „Kartoffel- und Fourage-Kontor" lautete. Solches ergeben deutlich die Briefe vom 29. März, 5. April, 10. April 1916, 2. Juni, 10. Juni, welche am Kopfe in starken Lettern die Worte „Kartoffel- und Fourage-Kontor" ohne Hinzuziehung des Namens Kl. tragen. Die Unterschrift zeigt einen entsprechenden Stempel, dem dann nur nach der Art der Zeichnung eines Geschäftsführers der Name Kl. hinzugefügt ist. In einem Falle zeichnet der Angestellte Kl., namens D., auf einem derartigen Bogen lediglich p. „Kartoffel- und Fourage-Kontor" D.

Hieraus ergibt sich, daß Kl. trotz abweichender Eintragung im Handelsregister tatsächlich als Firma, d. h. als Name, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betrieb und die Unterschrift abgab, die Bezeichnung „Kartoffel- und Fourage-Kontor" führte. Diese Bezeichnung muß im Sinne des HGB. § 25 als die übernommene Firma gelten, welche auch unter Hinzufügung der Worte „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" als fortgeführt gilt, (Recht 1909, Nr. 2517, 2528).

Grundsätzlich haftet daher Klägerin für die im Geschäft des Einzelkaufmannes Kl. begründeten Verbindlichkeiten".

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 13. März 1919. Kart. und Four.-Kontor G. m. b. H. w. Sächs. Dörrgem.-Fabrik. Bf. VI. 109/18. Nö.

---

187. Ein Handelsgebrauch, der von einer Untersuchung der Ware gänzlich entbinden will, ist mißbräuchlich und unbeachtlich.

Vgl. 46 Nr. 116.

HGB. §§ 377. 346.

Die Klägerin verlangte Bezahlung mehrerer tausend Herdschiffe, die sie auf Bestellung der Beklagten geliefert hatte. Die Beklagte behauptete, die Schiffe seien großenteils nicht vertragsmäßig; sie wurde zur Zahlung verurteilt, weil die Ware mangels einer rechtzeitigen und ordnungsmäßigen Mängelrüge als genehmigt gelten müsse. Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Beklagte rügt, daß der Berufungsrichter den § 346 HGB. verletzt habe; er habe die von dem Sachverständigen V. bezeugte Übung nicht beachtet. Diese geht nach der Aussage des Sachverständigen dahin, daß die Herdschiffe nach der Emaillierung und vor dem Versand nicht auf ihre Dichtigkeit geprüft

würden, daß aber sachgemäße Rohanfertigung dabei die Voraussetzung sei. Es kann zweifelhaft sein, ob der Sachverständige hier überhaupt eine der Vorschrift des § 377 HGB. widersprechende Handelsübung hat bezeugen wollen, ob sein Gutachten nicht dahin zu verstehen ist, daß der Besteller der Herdschiffe es wagen könne, die emaillierten Schiffe ungeprüft zu versenden, wenn sie roh sachgemäß hergestellt seien. Indessen das braucht nicht entschieden zu werden. Der Ber.-Richter hat die Übung in dem Sinne verstanden, in dem die Beklagte sie verstanden wissen will, er hat es aber bewußt und auch mit Recht abgelehnt, sie zu berücksichtigen.

Nach § 377 HGB. war die Beklagte verpflichtet, die Schiffe unverzüglich nach dem Empfang zu untersuchen, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich war. Die gesetzliche Vorschrift erklärt die Geschäftsgebräuche nur für die Tunlichkeit der Untersuchung nach Art und Umfang für maßgebend, ein Handelsgebrauch, der von einer Untersuchung überhaupt oder von unverzüglicher Untersuchung entbinden will, ist mißbräuchlich (vgl. Staub HGB. 9. Aufl., Anm. 18 zu § 377). Eine Übung, die eine Unsitte darstellt, kann niemals maßgebend sein, RG. im Recht 1910 Nr. 662. Tunlich war die Untersuchung. Das ergibt ihre Ausführung durch den Sachverständigen V., und das erkennt auch die Beklagte selbst an, wenn sie behauptet, daß sie mindestens teilweise die Untersuchung vorgenommen habe. Unbequem mag es ihr gewesen sein, die große Zahl der Schiffe auszuprobieren, aber der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges richtet sich nach gegenständlichen Regeln, das Interesse des einzelnen Käufers macht die Vorschrift des § 377 HGB. nicht unanwendbar (RGEntsch. 59, 120). Sie will gerade solchen Gebräuchen entgegentreten, die die Sicherheit des Verkehrs aufheben würden. Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch die vom OLG. zutreffend ausgesprochene, von der Revision vergeblich bemängelte Folge, daß das dem Gesetz widersprechende Verfahren der Beklagten auf ihre eigene Gefahr gegangen sei."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 29. April 1919. U. u. Gen. w. B. & Co. (OLG. Stuttgart). VII. 27/19.

---

188. Films als Kunstgegenstände oder Kostbarkeiten im Sinne der Eisenbahnverkehrsordnung.

Vgl. 69 Nr. 13 m. N.

HGB. § 456; E. V. Ordn. § 54 Abs. 2, 96.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Streit besteht nur darüber, ob die bei dem Transport zu Verlust gegangenen Films als Kunstgegenstände oder Kostbarkeiten im Sinne des § 54 Abs. 2 Z. 1 der EVO. zu bezeichnen sind. Ob Kinematographenfilms, insbesondere die Positivfilms, um die es sich hier handelt, den Kunstgegenständen zuzuzählen sind, wird jedenfalls dann, wenn ihr Gegenstand mit Kunst nichts gemein hat,

in hohem Maße zweifelhaft sein. Diese Zweifel dürfen hier unerörtert bleiben, weil dieses Gericht anders als der erste Richter der Meinung ist, daß sie nach der Art, wie sie im vorliegenden Falle zum Versand gebracht sind, der Gruppe der Kostbarkeiten im Sinne des § 54 Abs. 2 B. 1 der EVO. zuzurechnen sind, Unter diesen Begriff fallen, wie in der Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt ist (RGEntsch. 13, 36; 75, 190 und Eger Komm. zur EVO. zu § 54 Abs. 2 B. 1) solche Güter, welche im Verhältnis zu ihrem Gewicht und Umfang einen außerordentlich und ungewöhnlich hohen Wert haben. Das lag hier vor. Die Films, deren Wert Kläger auf 3350 M. beziffert, waren in 2 Kisten verpackt von je 40 cm Höhe, Breite und Länge und wogen nach der Behauptung des Klägers zusammen etwa 40, nach der der Beklagten zusammen etwa 30 kg. Im ersteren Falle stellte jedes kg des Transportgutes einen Wert von 83,75 *M* im letzteren Falle von 111,66 *M* dar. Man wird daher, weil ein Unterschied von wenigen kg nach oben oder unten für die Frage der Unterordnung der Films unter den Kostbarkeitsbegriff eine ausschlaggebende Rolle nicht wird spielen dürfen, mit einem Wert von rd. 100 *M* pro kg des zu Verlust gegangenen Frachtguts rechnen können. Bei so erheblichem Wert ist aber nach der Verkehrsanschauung ein Mißverhältnis zwischen diesem und Umfang und Gewicht des Gutes im Sinne der allgemein anerkannten Auslegung des Kostbarkeitsbegriffs anzunehmen. Ein solches Mißverhältnis hat das Reichsgericht in seinem Urteil vom 16. Nov. 1918 „(Entsch. 94, 119) in Übereinstimmung mit dem Kammergericht für vorliegend angesehen in einem Falle, in dem Kinematographenfilms versandt worden waren, deren Wert, auf das kg des Frachtguts berechnet, 230 *M* betrug; und das Oberlandesgericht Kiel ist in seinem Urteil vom 31. Oktober 1918 zu dem gleichen Ergebnis in Bezug auf einen Film gelangt, der bei einem Werte von 1162 *M* in einem 9 kg schweren Paket verschickt war, so daß auf 1 kg des Frachtstücks ein Wert von etwa 129 *M* kam. Im Streitfall war dieser Wert geringer, unerheblich kleiner als in dem vom OLG. Kiel entschiedenen Falle, um mehr als die Hälfte geringer als in dem Falle, den das Reichsgericht zu entscheiden hatte. Das Gericht war trotzdem der Ansicht, daß die gleichen Erwägungen, die dort zur Bejahung der Kostbarkeitseigenschaft führten, auch hier zutreffen. Sinn und Zweck der Bestimmungen der Eisenbahnverkehrsordnung, welche die Versendung von Kostbarkeiten im Expreßgutsverkehr bei Verlust der Regreßansprüche an die Einhaltung besonderer Vorsichtsmaßregeln knüpfen, ist es, die Eisenbahn von dem großen Risiko, das in dem Tansport von kleinen und leichten Frachtstücken von hohem Wert unter Außerachtlassung dieser Vorsichtsmaßregeln enthalten ist, zu entlasten. Auch hier handelt es sich um Frachtstücke, die ein jedes nach den Angaben des Klägers einen Wert von 1675 *M* repräsentierten, ein Wert, der im Hinblick auf Dimensionen und Gewicht der Frachtstücke außer Verhältnis stand zu dem Werte, mit dem die Eisenbahn bei Sendungen dieser Art, wenn sie ohne Angabe ihres Wertes und Inhalts erfolgen, rechnen konnte.

Müssen daher die Films, für deren Verlust der Kläger Ersatz fordert, als Kostbarkeiten im Sinne des § 54 Abs. 2 B. 1 der EVO. angesehen werden, so entfällt die Haftung der Eisenbahn, und der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, daß er die Frachtstücke mit einem ihren Inhalt bezeichnenden Zettel versehen hatte. Dadurch genügte er den bestehenden Vorschriften nicht, denn diese erforderten, daß Inhalt und Wert in der Eisenbahngepäckadresse angegeben wurden."

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 22. Jan. 1919. A. H. w. Kgl. Eisenbahnd. Altona. Bf. V 171/18. Nö.

II. Verfahren.

189. Streitwert bei Stellung eines eventuellen Klageantrages.

Vgl. 43 Nr. 147 m. N. 222; auch 57 Nr. 160.

ZPO. §§ 6. 510b.

„Der für den Wert des Streitgegenstands maßgebende Klagantrag ist dahin gegangen, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger diverse Sachen herauszugeben oder aber, sofern er hierzu nicht in der Lage ist, den Wert derselben mit 400 M zu ersetzen. Wie schon diese Fassung des Klagantrags ergibt und wie durch das sonstige Vorbringen des Klägers bestätigt wird, ist also ein Herausgabeanspruch in der Weise mit einem Schadenersatzanspruch verbunden, daß letzterer nur für den Fall gefordert wird, daß der Beklagte dem Herausgabeanspruch nicht genügen kann. Ob eine solche Verbindung eines nach § 883 ZPO. zu vollstreckenden Herausgabeanspruchs mit einem Schadenersatzanspruch, obwohl die Voraussetzungen des § 259 ZPO. in der Klage nicht behauptet sind und auch offenbar nicht vorgelegen haben, überhaupt zulässig ist, mag zweifelhaft sein (vgl. Gaupp-Stein Bd. I S. 1088). Jedenfalls stehen die beiden Klagansprüche in demselben Verhältnisse zueinander, wie ein Klaganspruch auf Vornahme einer Handlung gemäß § 887 ff. ZPO. zu einem Antrag auf Zahlung einer Entschädigung, der nach § 510b ZPO. für den Fall erhoben wird, daß der Beklagte die Handlung nicht binnen einer bestimmten Frist vornimmt. Ebensowenig, wie bei einer nach § 510b ZPO. vorgenommenen Verbindung zweier Klagansprüche (vgl. Gaupp-Stein Bd. I S. 1099), ist daher auch im vorliegenden Falle bei Berechnung des Werts des Streitgegenstandes eine Zusammenrechnung beider Ansprüche vorzunehmen. Anderseits ist aber nicht zu bezweifeln, daß nicht nur der Herausgabeanspruch, sondern auch der auf Zahlung von 400 M gerichtete und dem Kläger zugesprochene Anspruch Gegenstand des Rechtsstreits gewesen ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, daß das Landgericht den Streitwert gemäß § 6 ZPO. nach der Höhe dieses Zahlungsanspruchs bemessen hat."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 17. Dez. 1918. H. H. S. w. F. L. Bs. LVI 1909/18. Nö.



190. Teilurteil über das Rechtsmittel einer Partei, wenn beide Teile Berufung eingelegt haben.

ZPO. §§ 301. 523.

Die Beklagte war in erster Instanz verurteilt worden, der Klägerin gegen Rückgewährung von 730 Dosen Würstchen 18115 M zu zahlen. Die Beklagte legte Berufung ein mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, die Klägerin schloß sich der Berufung an und beantragte unbedingte Verurteilung der Beklagten zur Zahlung. Das Berufungsgericht wies die Berufung der Beklagten durch Teilurteil zurück. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Revisionsklägerin rügt, der Erlaß eines Teilurteils, in welchem die Verurteilung der Beklagten von der Rückgabe der Dosen abhängig gemacht, und ein Endurteil vorbehalten sei, in welchem über den Antrag, betreffens Verurteilung der Beklagten ohne Gegenleistung (Anschlußberufung) erkannt werden solle, verletze den § 301 ZPO. Die Rüge ist nicht gerechtfertigt. Wie nach § 301 ZPO. im Fall einer Klage und Widerklage je nach der Entscheidungsreife durch Teilurteil vorab über die Klage oder die Widerklage entschieden werden kann, ebenso kann, da § 523 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren vorschreibt, in der Rechtsmittelinstanz, wenn beide Parteien (selbständig bzw. im Wege der Anschließung) Rechtsmittel eingelegt haben, durch Teilurteil zunächst über das Rechtsmittel der einen Partei entschieden werden, vorausgesetzt, daß die Rechtsmittel nicht in untrennbarem Zusammenhange stehen und durch die Teilung der Entscheidung eine Verwirrung der Prozeßstoffe nicht zu befürchten ist (JW. 1900, 605; 1889, 205; Skonietzki § 301 Anm. 9). Die Voraussetzungen für den Erlaß eines Teilurteils lagen vor. Infolge der Zurückweisung ihrer Berufung durch das Teilurteil blieb die erstinstanzliche Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe nebst Zinsen gegen Rückgewähr von 730 Dosen Würstchen bestehen. Daß ein Urteil mit diesem Inhalt an sich zulässig ist, kann einem Bedenken nicht unterliegen. Die Verurteilung zur Zahlung einer Geldsumme gegen Rückgewähr einer bestimmten Gegenleistung hat an sich einen bestimmten, klar begrenzten Inhalt und bedeutet ein minus, eine Einschränkung gegenüber der unbeschränkten, von der Rückgewähr der Gegenleistung unabhängigen Verurteilung zur Zahlung. Sie bleibt in voller Kraft, wenn die Anschlußberufung der Klägerin, welche lediglich die unbedingte Verurteilung der Beklagten bezweckt, zurückgewiesen wird. In diesem Falle tritt die nämliche Rechtslage ein, wie wenn die Klägerin bei dem erstinstanzlichen Urteile ohne weiteres sich beruhigt hätte. Hat aber die Anschlußberufung Erfolg, so kommt damit lediglich die Einschränkung des Teilurteils in Wegfall. Eine Verwirrung oder Unklarheit des Prozeßstoffs kann dadurch aber nicht entstehen. Das beweist einesteils, daß die Voraussetzungen für den Erlaß eines Teilurteils vorhanden waren, andernteils, daß die Beklagte durch den

Erlaß des Teilurteils keinesfalls beschwert. Denn mindestens ist die Beklagte zur Zahlung gegen Rückgewähr der Dosen Würstchen mit Recht verurteilt. Ob der Erlaß eines Teilurteils nach Sachlage angemessen war, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht unterliegt."

Urteil des Reichsgerichts (2. Sen.) v. 15. Okt. 1918. M. u. B. w. T. (OLG. Hamburg). II. 258/18.

---

191. Erfordernis der förmlichen Zustellung zur Wirksamkeit nicht verkündeter Beschlüsse?

Vgl. 60 Nr. 244; 40 Nr. 168.
ZPO. §§ 329. 36 Nr. 3.

In einem zwischen den Parteien schwebenden schiedsrichterlichen Verfahren wurde auf den Antrag des Obmannes des Schiedsgerichts durch Beschluß des Kammergerichts in Berlin (vom 19. Sept. 1917) das Landgericht II in Berlin gemäß § 36 Nr. 3 ZPO. als das für die Niederlegung des Schiedsspruchs zuständige Gericht bestellt. Nachdem eine Ausfertigung dieses Beschlusses dem Obmanne formlos ausgehändigt worden war, erfolgte die Niederlegung des Schiedsspruchs. Gegenüber der auf Ausspruch der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch gerichteten Klage erhoben die Beklagten den Einwand, daß der Beschluß vom 19. Sept. 1917 mangels förmlicher Zustellung an die Parteien oder wenigstens an das Schiedsgericht nach § 329 Abs. 3 ZPO. noch nicht wirksam geworden und daher auch die Niederlegung des Schiedsspruchs noch nicht ordnungsmäßig erfolgt sei. Der Einwand wurde verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Aushändigung an den Obmann genügt auch zur Wirksamkeit des Beschlusses vom 19. Sept. 1917. Den Parteien war der Beschluß nicht zuzustellen, da durch ihn nicht das zur Entscheidung ihres Rechtsstreits zuständige Gericht, sondern nur, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, die Zuständigkeit für Handlungen bestimmt werden sollte, die dem Schiedsgericht oblagen. Weiter stellt das Berufungsgericht fest, daß der Obmann seitens der beiden anderen Schiedsrichter ermächtigt war, die zur Durchführung des schiedsgerichtlichen Verfahrens erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Hierzu gehört auch der von ihm beim Kammergericht gestellte Antrag auf Bestimmung des nach § 1045 ZPO. zuständigen Gerichts. Konnte der Obmann diesen Antrag für das Schiedsgericht stellen, so brauchte der darauf erlassene Beschluß auch nur ihm, nicht jedem Schiedsgerichtsmitgliede zuzugehen. Daß der Beschluß vom 19. September 1917 mit dem Willen des beschließenden Senats an den Obmann gelangt ist, ihm auf seinen Antrag hat zugehen sollen, ist nicht streitig. Es handelt sich aber um einen nicht verkündeten Beschluß und daraus folgert die Revision weiter, daß es nach der Vorschrift des § 329 Abs. 3 ZPO.

zu seiner Wirksamkeit einer durch die bloße Aushändigung an den Antragsteller nicht zu ersetzenden förmlichen Zustellung an diesen bedurft hätte. Der erwähnten Vorschrift ist indessen, wie das Reichsgericht schon in seiner Entscheidung vom 8. März 1884 (RGEntsch. 11, 402) ausgesprochen hat, die absolute Tragweite, welche ihr Wortlaut zu ergeben scheint, nicht beizumessen. Dagegen spricht zunächst schon, daß häufig Beschlüsse erlassen werden, bei denen „Parteien", wie es in der Gesetzesbestimmung heißt, überhaupt noch nicht in Betracht kommen, sondern die nur den Antragsteller angehen. Die förmliche Zustellung dient weiter dazu, die Übergabe eines auszuhändigenden Schriftstücks und deren Zeitpunkt urkundlich festzustellen. Sie ist deshalb auch bei einer nur den Antragsteller angehenden Entscheidung erforderlich, wenn mit der Zustellung Fristen eröffnet werden. Sofern dies aber nicht der Fall ist, kann bei solchen Entscheidungen, mögen sie nun den gestellten Antrag ablehnen oder ihm stattgeben, von einer förmlichen Zustellung abgesehen und ohne daß dadurch die Wirksamkeit der Entscheidung berührt wird, formlose Übermittelung an den Gesuchsteller für genügend erachtet werden.

Daraus folgt, daß die Aushändigung des nach § 37 ZPO. nicht anfechtbaren Beschlusses an den Antragsteller S. ausreicht, um dem Beschlusse die ihm nach § 1039 ZPO. beigemessene Bedeutung zu rechtfertigen. In dem vorerwähnten Urteile ist aus im wesentlichen gleichen Erwägungen die einfache Ausreichung eines Arrestbefehls an den Arrestkläger als die Gültigkeit des Arrestbeschlusses nicht beeinflussend beurteilt."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 8. April 1919. P. u. Gen. w. P. und Gen. (Kammergericht). VII. 148/18.

---

192. Zulässigkeit der erneuten Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil nach rechtskräftiger Verwerfung eines früher eingelegten Einspruchs.

ZPO. §§ 338. 339. 341.

Der Beklagte legte gegen das ihn verurteilende Versäumnisurteil vom 14. Febr. 1917 unter dem 26. Juli 1917 Einspruch ein. Das Landgericht verwarf den Einspruch wegen Versäumung der Einspruchsfrist als unzulässig. Die Berufung des Beklagten wurde mangels einer wirksamen Zustellung des angefochtenen Urteils als unzulässig verworfen, dabei aber darauf hingewiesen, daß auch eine ordnungsmäßige Zustellung des Versäumnisurteils, die die Einspruchsfrist habe in Lauf setzen können, noch nicht erfolgt sei. Nachdem darauf der Kläger das Versäumnisurteil vom 27. Mai 1918 ordnungsmäßig hatte zustellen lassen, legte der Beklagte am 8. Juni 1918 von neuem Einspruch ein. Das Landgericht verwarf denselben als unzulässig, weil mit dem inzwischen erfolgten Eintritte der Rechtskraft des den früheren Einspruch verwerfenden landgerichtlichen Urteils auch das Versäumnisurteil rechtskräftig geworden sei. Die Berufurg hatte Erfolg. Aus den Gründen des Ber. Urteils:

„Die Berufung erscheint begründet, weil die Zulässigkeit des vom Beklagten am 8. Juni 1918 eingelegten Einspruchs gegen das Versäumnisurteil vom 14. Febr. 1917 vom Landgericht mit Unrecht verneint worden ist. Die Wirksamkeit des rechtskräftig gewordenen landgerichtlichen Urteils vom 17. Okt. 1917 beschränkte sich auf die Entscheidung, daß der frühere, am 26. Juli 1917 vom Beklagten eingelegte Einspruch unzulässig gewesen sei. Sie hatte nicht etwa zur Folge, daß auch das Versäumnisurteil rechtskräftig wurde, und stand einer neuen Einlegung des Einspruchs, sofern sie noch möglich war und den früheren Mangel vermied, nicht entgegen. Nun ist bereits in den Gründen des früheren Ber.-Urteils näher ausgeführt worden, daß am 26. Juli 1917, als der erste Einspruch eingelegt wurde, eine ordnungsmäßige Zustellung des Versäumnisurteils noch nicht stattgefunden hatte. Diese konnte aber nachgeholt werden, und das ist dadurch geschehen, daß der Kläger das Urteil den Anwälten Dr. Wulff und Schwarz am 27. Mai 1918 zustellen ließ. Lag daher nunmehr eine ordnungsmäßige Zustellung des Versäumnisurteils vor, so begann mit ihr nach § 339 Absatz 1 ZPO. die zweiwöchige Einspruchsfrist. Bereits am 8. Juni 1918, also innerhalb der Frist, hat aber der Beklagte durch Einreichung der Einspruchsschrift Einspruch gegen das Versäumnisurteil eingelegt. Dieser war zulässig. Die Rechtskraft des inzwischen dem Beklagten am 8. August 1918 ordnungsmäßig zugestellten Urteils vom 17. Okt. 1917 stand der Zulässigkeit des zweiten Einspruchs nicht entgegen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 3. Juni 1919. G. w. G., Bf. III. 472/18. B.

---

193. Bei örtlicher Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts kann die Verweisung an das zuständige erstinstanzliche Gericht auch in der Berufungs- oder Revisionsinstanz erfolgen; Kosten des Rechtsmittels als Mehrkosten i. S. des § 505 Abs. 3 ZPO.

ZPO. §§ 505. 523; Bekanntm. v. 9. Sept. 1915 § 27.

Der in erster Instanz verurteilte Beklagte erhob in der Berufungsinstanz den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit. Der Kläger beantragte, die Sache an das zuständige Landgericht abzugeben. Das Ber.-Gericht wies die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts ab. Es nahm an, dem Verweisungsantrage des Klägers könne nicht entsprochen werden, da § 27 der Bekanntmachung v. 9. Sept. 1915 in der Ber.-Instanz nicht anwendbar sei. Das Reichsgericht hob beide vorinstanzlichen Urteile auf, verwies den Rechtsstreit an das zuständige Landgericht und legte die Kosten der Rechtsmittelinstanzen unter Niederschlagung der Gerichtsgebühren der Revisionsinstanz dem Kläger auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Schon vor dem Erlaß der Bekanntmachung vom 9. Sept. 1915 war es streitig, ob auf Grund des § 505 ZPO. in der Ber.-Instanz eine Verweisung an das zuständige Gericht ausgesprochen werden könne. Für die Verneinung

der Frage berief man sich auf § 523 ZPO., wonach auf das Verfahren vor dem Ber.-Gerichte nur die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung fänden, während der § 505 nur im Verfahren vor den Amtsgerichten gelte.

(Stein, Bem. zu § 523, Noten 42, 44 zu § 505, Seuffert in Busch Ztschr. Bd. 40 S. 200 AA. Skonietzky u. Gelpcke Bem. 7 zu § 505).

Aber wenn auch die Frage nach dem früheren Rechte verneint werden mußte, so hat doch diese Rechtslage durch § 27 jener VO. eine Änderung erfahren. Denn danach soll § 505 ZPO. auch im landgerichtlichen Verfahren gelten. Er muß deshalb nach § 523 auch in der Ber.-Instanz angewendet werden, es sei denn, daß sich aus § 27 der VO. selbst oder aus den Vorschriften der ZPO. über die Berufung etwas Abweichendes ergibt. Keines von beiden ist der Fall.

Zunächst steht § 27 Satz 2 der VO. der Anwendung des § 505 ZPO. in der Ber.-Instanz nicht im Wege. Er bedeutet bei der gemäß § 523 ZPO. stattfindenden „entsprechenden" Anwendung, daß das Verfahren vor dem angegangenen erstinstanzlichen Gericht und demjenigen, an das die Sache verwiesen wird, eine Instanz bildet. Es gilt also dasselbe, was im Falle des § 31 DGKG. für den Fall vorgeschrieben ist, daß eine Sache zu anderweiten Verhandlung an das untere Gericht zurückverwiesen wird (§§ 538, 539, 565 ZPO.). Entsprechend ist bei einer in der Berufungsinstanz erfolgenden Entscheidung unter dem angegangenen" „Gericht i. S. des § 505 Abs. 3 ZPO. nur das Gericht erster Instanz, nicht etwa auch das Ber.-Gericht zu verstehen.

Auch aus den besonderen für die Berufung gegebenen Vorschriften ist kein Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 27 VO. und des § 505 ZPO. in zweiter Instanz zu entnehmen. Grundsätzlich muß allerdings die Ber.-Instanz ebenso wie die erste (§ 300) mit einem Endurteile schließen. Das gilt auch, wenn es sich nur um die Frage der Zuständigkeit handelt (§§ 275, 428 ZPO.). Daran wird indes bei Anwendung des § 27 VO. in zweiter Instanz nichts geändert. Das Urteil des Landgerichts muß, soweit es die Abweisung der Klage ausspricht, aufgehoben werden. Das kann nur durch Urteil geschehen. Mit der Aufhebung ist aber für das Ber.-Gericht freie Bahn für die Anwendung des § 27 VO. in Verbindung mit § 505 ZPO. geschaffen. Ebenso wie § 300 für die erste Instanz eine Einschränkung erfahren hat, gilt Entsprechendes für die zweite. Sachlich ohne Bedeutung ist es, ob man demjenigen Teile der Entscheidung, durch den die Verweisung ausgesprochen wird, die rechtliche Natur eines Beschlusses beilegt, oder ob man ihn mit Rücksicht auf die im § 523 ZPO. nur vorgeschriebene „entsprechende" Anwendung als Bestandteil des Urteils ansehen will. Jedenfalls muß die Anwendung des § 505 Abs. 2 ZPO. zu dem Ergebnis führen, daß die ganze Entscheidung, also nicht nur die Verweisung selbst, sondern auch das über die Zuständigkeitsfrage ergehende Urteil unan-

fechtbar ist. Sonst würde auch der Zweck des § 27 VO., eine tunlichste Abkürzung des Verfahrens herbeizuführen, nicht erreicht. Der Ausschluß eines Rechtsmittels gegen Urteile, die über die Zuständigkeit entscheiden, ist in der Prozeßordnung auch nichts Ungewöhnliches (§§ 10, 549² ZPO.).

Das Ber.-Gericht meint, der § 523 könne die Anwendung des § 27 VO. nicht rechtfertigen. Denn erstere Bestimmung sei getroffen, als die andere (§ 27) noch gar nicht in Betracht gekommen sei, und diese letztere Bestimmung wolle lediglich das Verfahren vor den Landgerichten und nicht auch dasjenige in der Ber.-Instanz regeln. Das Ber.-Gericht verkennt damit die Tragweite des § 27 VO. Die VO. hat nicht, wie das Ber.-Gericht annimmt, die Bedeutung eines selbständig neben der ZPO. stehenden Gesetzes, sondern sie greift organisch in die Vorschriften der ZPO. ein, ändert diese und wird damit selbst ein Bestandteil der ZPO. Wenn man also heute auf Grund des § 523 ZPO. prüfen will, welche Vorschriften für das Verfahren vor den Landgerichten gelten, muß man den § 27 VO. berücksichtigen.

Das weitere Bedenken des Ber.-Gerichts, es sei mit der ganzen Gestaltung des Verfahrens nach der ZPO. nicht vereinbar, daß bei Anwendung des § 27 auf das Berufungsverfahren die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils durch Beschluß erfolge, erledigt sich durch das vorstehend darüber Gesagte.

Bei Billigung der Auffassung des Ber.-Gerichts würde schließlich auch, wie die Revision mit Recht geltend macht, der Zweck des § 27 VO. nur in unvollkommener Weise erreicht, der dahin ging, die weitläufigen Streitigkeiten über die Zuständigkeit, die häufig mehrere Instanzen durchlaufen und schließlich ohne sachliche Entscheidung mit einer Zurücknahme oder Abweisung der Klage enden, zu vermeiden.

Die Entscheidung des Ber.-Gerichts beruht hiernach auf einer Verletzung des § 27 VO. und des § 505 ZPO. Aus §§ 557, 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO. ergibt sich, daß auch in dieser Instanz noch die Verweisung an das zuständige Landgericht ausgesprochen werden kann.

Es erscheint auch zulässig, im Revisionsurteil über die Kosten der Berufung und Revision zu entscheiden. Sie gehören zu den „Mehrkosten", d. h. den durch die Erhebung der Klage bei dem unzuständigen Gerichte veranlaßten Kosten, die nach § 505 Abs. 3 ZPO. grundsätzlich den Kläger treffen. Da der Kläger bereits in der Ber.-Instanz hilfsweise den Antrag gestellt hat, den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen, erschien es angemessen, von der Vorschrift des § 6 DGKG. Gebrauch zu machen.

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. April 1919. B. w. B. (Kammergericht Berlin) IV. 45/19. Auch in Entsch. 95 Nr. 92 S. 280.

---

194. Pfändung eines Urheber- und Verlagrechts*; Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in ein gewerbliches Unternehmen (Zeitungsverlag) als Ganzes.

*Vgl. 56 Nr. 228.
ZPO. § 857.

Der Deutsche H.-Verlag G. m. b. H. gab bis Sommer 1915 in Berlin die „Zeitschrift für praktischen Maschinenbau" heraus. Der Beklagte gab eine Zeitschrift „Die Werkzeugmaschine" heraus. Er kündigt an, daß er diese seine Zeitschrift fortan unter dem Titel „Zeitschrift für praktischen Maschinenbau, die Werkzeugmaschine" erscheinen lassen werde.

Der Kläger hatte einen vollstreckbaren Anspruch gegen den deutschen H.-Verlag G. m. b. H. Auf seinen Antrag wurde „der dem H.-Verlag gegen den Verlag der Zeitschrift für praktischen Maschinenbau zustehende Anspruch auf das Urheber- und Verlagsrecht an dieser Zeitschrift" gepfändet, auch die öffentliche Versteigerung dieses Anspruchs angeordnet. Bei der öffentlichen Versteigerung ersteigerte der Kläger den Anspruch für 500 M. Er beantragte, daß auf Grund dieses ersteigerten Rechtes dem Beklagten untersagt werde, seine Zeitschrift mit dem Titel „Zeitschrift für praktischen Maschinenbau, die Werkzeugmaschine" zu versehen und herauszugeben. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

Ausweislich des Versteigerungsprotokolls v. 15. Sept. 1917 ist versteigert und dem Kläger zugeschlagen worden der dem Deutschen H.-Verlag G. m. b. H. gegen den Verlag der Zeitschrift für praktischen Maschinenbau zustehende Anspruch auf das Urheber- und Verlagsrecht an dieser Zeitschrift.

Zur Erörterung steht die Frage, ob der Kläger danach berechtigt ist, auf Grund des § 16 des Gesetzes betr. den unlauteren Wettbewerb einen Anspruch gegen den Beklagten zu erheben, daß dieser die Bezeichnung seiner Zeitschrift mit dem Titel: Zeitschrift für praktischen Maschinenbau zu unterlassen habe.

Diese Frage hat das Ber.-Urteil mit Recht verneint.

Ansprüche aus Urheberrecht kann der Kläger nicht geltend machen, denn nach § 10 des Urheberrechtsgesetzes v. 19. Juni 1901/22. Mai 1910 kann die Zw.-Vollstreckung in das Recht des Urhebers nicht ohne dessen Einwilligung erfolgen. Diese Bestimmung gilt auch für das Urheberrecht an einer Zeitschrift nach § 4 des Gesetzes. Da die Einwilligung nicht erfolgt ist, sind Urheberrechte auf den Kläger nicht übergegangen. Es braucht deshalb auf weitere zu diesem Punkte zu erhebende Bedenken nicht eingegangen zu werden.

Ebensowenig vermag sich der Kläger darauf zu stützen, daß Verlagsrechte an der Zeitschrift auf ihn übergegangen seien. Verlagsrechte sind solche Rechte, die aus dem zwischen dem Verleger und dem Urheber abgeschlossenen Verlagsvertrage entspringen. Ein Verlagsrecht setzt also voraus, daß ein vom Verleger unterschiedener Urheber existiert. Das liegt bei einer Zeitschrift nicht vor, bei der — wie im streitigen Falle — Herausgeber und Verleger zusammen-

fallen. Deshalb bestehen keine Verlagsrechte, auf Grund deren der Verleger gegen unbefugte Benutzung des Zeitschriftentitels vorgehen könnte.

Weiter könnte in Frage kommen, ob etwa der Zeitschriftentitel als selbständiges Rechtsgut Gegenstand der Pfändung sein konnte. Dem steht jedoch, wie das Ber.-Gericht mit Recht ausgeführt hat, entgegen, daß das Recht auf den Zeitschriftentitel nicht ein für sich selbständig und unabhängig vom Zeitschriftenunternehmen veräußerliches Recht ist. Der Zeitschriftentitel kann nicht losgelöst vom Unternehmen, zu dem er gehört, übertragen oder gepfändet werden, ebensowenig wie das bei der Firma eines Kaufmannes möglich ist.

Danach spitzt sich die Entscheidung auf die Beantwortung der Frage zu, ob das gewerbliche Unternehmen des H.-Verlages mit allen Akzessorien, also auch mit dem Zeitschriftentitel gepfändet werden konnte und vorliegendenfalls gepfändet ist. Auf diesen Punkt hat die Revision mit Recht besonderen Nachdruck gelegt.

Zunächst steht ihren Ausführungen jedoch entgegen, daß sich eine Pfändung des gewerblichen Unternehmens aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nach dessen Wortfassung nur schwer herauslesen läßt. Es ist geboten, gerichtliche Verfügungen, die mit so erheblicher Wirkung in die Rechte Dritter eingreifen, wie der vorliegende Beschluß, im Interesse der Rechtssicherheit nicht in zu freier Weise über den erkennbaren Wortsinn hinaus umzudeuten. Wenn im vorliegenden Falle ein Anspruch auf Urheber- oder Verlagsrecht gepfändet und überwiesen ist, so liegt die Auslegung, daß damit das ganze gewerbliche Unternehmen gemeint sei, in dem die Zeitschrift verfaßt, herausgegeben und verlegt wird, recht fern.

Aber wollte man auch dieses Bedenken fallen lassen, so würde gleichwohl die Revision keinen Erfolg erzielen können. In der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist angenommen, daß ein gewerbliches Unternehmen als Ganzes nicht gepfändet werden kann, RG.Entsch. 70, 228. Dieser Grundsatz hat zwar von einigen Seiten Widerspruch erfahren (mit eingehender Begründung vom OLG. Dresden in der Leipziger Zeitschrift 1910, S. 333).

Gleichwohl ist an ihm festzuhalten. Die österreichische Exekutionsordnung hat zwar in den §§ 341 ff. die Zwangsvollstreckung in ein wirtschaftliches Unternehmen zugelassen, vgl. Pisko in Ehrenbergs Handbuch, Bd. 2, 1, § 31 S. 237. Die deutsche Gesetzgebung aber hat sich nicht auf diesen Standpunkt gestellt. Das deutsche Recht erkennt ein Recht am Unternehmen und die Zulässigkeit der Veräußerung des Unternehmens an. Aber schon die Anschauung, daß die Bestellung beschränkter dinglicher Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht) am Unternehmen möglich sei, hat sich nicht durchzusetzen vermocht (vgl. RGEntsch. 70, 232; Isay, Recht am Unternehmen 81; a. M. Pisko a. a. O. 235) — im Gegensatz zum französischen Recht, in dem die Verpfändung eines Handelsgeschäfts zugelassen wird (Isay, S. 6.). Noch viel weniger erscheint die Zw.-Vollstreckung

in ein Unternehmen nach deutschem Rechte möglich. Das wird außer von der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch von der weit überwiegenden Zahl der Schriftsteller anerkannt (Isay, S. 198, Pisko S. 237). Ausgenommen sind nur ganz wenige Einzelfälle, Vollstreckung in das Unternehmen der Privateisenbahnen nach preußischem Recht u. a. Die entscheidende Erwägung ist, daß das deutsche Zivilprozeßrecht keinen Weg eröffnet, eine derartige Vollstreckung vorzunehmen. § 857 ZPO. führt nicht zum Ziele. Es ist unmöglich, auf dem Wege des § 857 Fabrikgrundstücke, oder Waren, Maschinen, Geräte, Vorräte oder Forderungen zu pfänden, die alle zu einem Unternehmen gehören oder gehören können, deren Pfändung aber nach dem Gesetze auf andere Weise zu erfolgen hat. Das steht der Zw.-Vollstreckung in ein Unternehmen entscheidend entgegen. Gegenüber diesem Bedenken ist es ersichtlich gleichgültig, daß ein Unternehmen nicht nur aus einem Konglomerat der angeführten Gegenstände besteht, sondern daß das geistige Band, die Organisation, die die einzelnen Gegenstände und Menschen zu einem werktätigen Ganzen vereinigt, hinzukommt, und daß hieran nach der Annahme vieler ein einheitliches Recht, ein Recht am Immaterialgut bestehen mag (Isay, S. 23). Denn immer bleibt es dabei, daß von einer Pfändung nach § 857, selbst wenn diese das Immaterialgut sollte erfassen können, doch nicht die Grundstücke, die Maschinen, die Waren, die Forderungen erfaßt werden würden. Deshalb ist eine Zwangsvollstreckung in ein Unternehmen als Ganzes unmöglich.

Folgendes mag noch hinzugefügt werden. Selbst wenn man glauben sollte, durch irgend eine ausdehnende Interpretation über diese Bedenken hinweghelfen zu können, so würde davon doch nur dann Gebrauch zu machen sein, wenn eine überwiegende Anschauung sich Bahn gebrochen hätte, die auf einen solchen Weg drängte — wovon, wie erwähnt, nicht die Rede sein kann — und wenn ein solcher Schritt unzweifelhaft ratsam erschiene. Nun ist ja zuzugeben, daß den Gläubigern eines Unternehmens vorhandene Vermögenswerte, nämlich der innere Wert des laufenden Betriebes entzogen werden, wenn die Zw.-Vollstreckung in das Unternehmen unstatthaft ist. Aber anderseits scheinen die Erfahrungen, die in Österreich mit der dort angeordneten Zw.-Verwaltung von Unternehmungen gemacht sind, keineswegs aussichtsvoll zu sein (Isay, S. 199 ff.), und es steht völlig dahin, ob durch den zwangsweisen Verkauf eines Unternehmens wirklich erhebliche Werte für die Gläubiger gerettet werden würden.

Aus diesen Gründen kann nicht anerkannt werden, daß die Zw.-Vollstreckung in ein Unternehmen zulässig ist. Daraus folgt, daß die hier in Rede stehende Pfändung nicht das Unternehmen und deshalb auch nicht das Recht auf den Zeitschriftentitel erfaßte."

Urteil des Reichsgerichts (1. Sen.) v. 2. April 1919. H. w. B. (Kammergericht Berlin). I. 221/18. Auch in Entsch. 95 Nr. 76 S. 325.



195. Die Klage aus § 771 ZPO. ist auch nach Freigabe der gepfändeten Sachen wegen der geleisteten Sicherheit zulässig.

Vgl. 62 Nr. 167.

ZPO. § 771.

Der Beklagte ließ am 28. Juli 1917 auf Grund eines Arrestbefehls gegen den Händler J. F. 125 Festmeter Pappelstämme durch den Ger.-Vollzieher pfänden. Die Klägerin erhob auf Aufhebung dieser Pfändung Klage, hinterlegte am 1. Sept. 1917 zum Zwecke der Beseitigung der Pfändung 7750 ℳ und begehrte sodann unter Änderung des Klagantrags Verurteilung des Beklagten zur Einwilligung in die Herauszahlung des hinterlegten Betrags. Landgericht und OLG. wiesen die Klage ab. Das Reichsgericht hob auf. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Parteien haben bei Beginn des Rechtsstreits miteinander vereinbart, daß die Klägerin zur Abwendung der Zw.-Vollstrckeung 7750 ℳ hinterlegen und dagegen die Pfändung aufgehoben, der Rechtsstreit aber fortgeführt werden solle; im Falle des Obsiegens der Klägerin solle diese die Hinterlegungssumme nebst Zinsen zurückerhalten, während beim Obsiegen des Beklagten dieser sich aus der Hinterlegungssumme nebst Zinsen für die der Zw.-Vollstreckung zu Grunde liegende Forderung befriedigen, bei teilweisem Obsiegen aber für den entsprechenden Teil seiner Forderung aus der Hinterlegung Befriedigung suchen solle. Die Klägerin hat die erwähnte Summe dementsprechend hinterlegt. Mit Bezug hierauf führt der Ber.-Richter aus, die erwähnte Vereinbarung habe die Aufhebung der Zw.-Vollstreckung und Pfändung und damit die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache zur Folge gehabt, die Vereinbarung, den Rechtsstreit gleichwohl in der Hauptsache fortzuführen, entbehre des erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses, schon deswegen hätte die Klage auf Aufhebung der Pfändung abgewiesen werden müssen. Dem ist nicht zuzustimmen. Die Klage aus § 771 ZPO. ist bis zur Beendigung der Zw.-Vollstreckung zulässig. Die Zw.-Vollstreckung, die im vorliegenden Fall durch Pfändung von Holz erfolgt ist, erreicht ihr Ende erst mit der durch sie herbeigeführten Befriedigung des Beklagten oder mit der Freigabe des gepfändeten Holzes durch den Beklagten. Keine dieser Voraussetzungen ist gegeben, insbesondere ist das gepfändete Holz nicht freigegeben, sondern der Klägerin nur gegen Hinterlegung eines Betrags von 7750 ℳ zur Verwertung überlassen worden mit der Maßgabe, daß der Beklagte beim Obsiegen im gegenwärtigen Rechtsstreit sich aus der Hinterlegungssumme befriedigen solle und bei teilweisem Obsiegen zu dem entsprechenden Teile dieser Summe. Die Beendigung der Zw.-Vollstreckung ist hierdurch bis zur endgültigen Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits hinausgerückt worden, für die Anstellung und Fortführung des letzteren war mithin Raum."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 11. März 1919. B. w. M. (OLG. Düsseldorf). VII. 389/18.

196. Kann die Auswahl des zweiten Schiedsrichters für den Fall der Säumigkeit der zur Ernennung berechtigten Partei dem von der anderen Partei ernannten Schiedsrichter überlassen werden?

ZPO. §§ 1028. 1029.

Gegenüber der Klage aus einem Kartoffellieferungsvertrage erhoben die Beklagten die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags.

Die Kaufbedingungen der Beklagten enthielten folgende Klausel:

„Bei Streitigkeiten jeder Art müssen sich beide Parteien einem Breslauer Schiedsgericht unterwerfen, zu dem jeder Teil einen Schiedsrichter zu ernennen hat. Demnach ist der Anruf der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen. Falls die beiden Schiedsrichter zu keinem Urteil gelangen können, so ist von den Schiedsrichtern ein Obmann zu wählen. Ist die Gegenpartei mit Bestellung des Schiedsrichters säumig, so bleibt es dem bereits bestellten Schiedsrichter überlassen, sich den zweiten Schiedsrichter selbst zu wählen."

Die Klägerin machte unter anderem geltend, daß die Schiedsgerichtsklausel gegen die guten Sitten verstoße. Diese Ansicht wurde verworfen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„... Der erkennende Senat hat zwar in ständiger Rechtsprechung Schiedsverträge als gegen die guten Sitten verstoßend mißbilligt, wonach eine der Parteien oder deren gesetzlicher Vertreter oder auch nur ein Mitglied des Vertretungsorgans Schiedsrichter sein soll, weil niemand in eigener Sache Richter sein darf. Dagegen kann eine Schiedsgerichtsklausel nicht schon deshalb als unzulässig beanstandet werden, weil der einen Partei ein größerer Einfluß auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts eingeräumt ist. Die §§ 1028, 1029 ZPO. sind ergänzende, nicht zwingende Rechtsnormen (RGEntsch. 87, 185; Mot. zu §§ 795—798 des Entw. einer ZPO.). Die herrschende Meinun vertritt sogar die Ansicht, daß das Ernennungsrecht der einen Partei allein oder auch einem Dritten überlassen werden kann. Dieser Meinung hat sich der III. Senat des Reichsgerichts angeschlossen.

— Vgl. Stein, Wilmowski — Levy, Struckmann & Koch, Neukamp zu § 1028 ZPO; RGEntsch. 26, 373. A. M. Kohler bei Gruchot 31, 498, der es für unzulässig hält, daß eine Partei allein alle Schiedsrichter ernennen dürfe. —

Aber im vorliegenden Fall braucht man nicht einmal so weit zu gehen, wie die herrschende Meinung; denn nach dem Inhalt der Schiedsklausel hat jede Partei selbst unter allen Umständen nur einen Schiedsrichter zu ernennen. Die Wahl des anderen Schiedsrichters ist dem von der einen Partei ernannten Schiedsrichter überlassen, aber nur für den Fall, daß die andere Partei mit der eigenen Ernennung säumig ist. Die Ernennung des anderen Schiedsrichters ist also für den gesetzten Fall einem Dritten überlassen, allerdings einem Dritten, auf dessen Auswahl die andere Partei keinen Einfluß hat und dessen Bestimmungsrecht daher auch nicht von dem beiderseitigen Vertrauen getragen wird. Aber mit Recht legt der Ber.-Richter

Gewicht darauf, daß die andere Partei es in der Hand hat, durch rechtzeitige Benennung eines Schiedsrichters auch den größeren mittelbaren Einfluß der Gegenpartei auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu verhindern. Die Zulässigkeit der Vereinbarung, daß die Schiedsrichter, falls sie zu keinem Urteil gelangen können, einen Obmann zu wählen haben, kann auch nicht als unzulässig erachtet werden."

Urteil des Reichsgerichts (7. Sen.) v. 12. Nov. 1918. Landw. Großhandels-Ges. w. M. (OLG. zu Breslau). VII. 152/18.

---

197. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß, durch den beim Ausbleiben der eidespflichtigen Partei der Eid nicht für verweigert erklärt, sondern neuer Termin zur Eidesleistung anberaumt wird.

ZPO. §§ 465, 567.

„Das Landgericht hat durch Beschluß vom 29. April 1919 dem Beklagten die Leistung eines Eides auferlegt und Termin zur Eidesleistung auf den 20. Mai anberaumt. Im Termin vom 20. Mai ist der Beklagte nicht persönlich erschienen und haben nach dem Protokoll die Parteien streitig verhandelt. Auf Antrag des Vertreters des Beklagten und unter Widerspruch des Vertreters des Klägers ist neuer Termin zur Eidesleistung auf den 17. Juni festgesetzt worden. Gegen diesen Beschluß hat der Kläger Beschwerde erhoben mit dem Antrage, den Termin vom 17. Juni aufzuheben, den Eid für verweigert zu erklären und anderweitigen Termin zur Verkündung einer Entscheidung und ev. Eidesleistung anzusetzen. Diese Beschwerde ist nach § 567 ZPO. unzulässig, da es sich hier um eine prozeßleitende Verfügung handelt, die selbständig nur in den vom Gesetz besonders vorgesehenen Fällen anfechtbar sein würde, für den vorliegenden Fall aber eine solche Bestimmung hinsichtlich der Anfechtbarkeit nicht getroffen worden ist. Sonst unterliegen derartige Verfügungen der Anfechtung lediglich zusammen mit dem Endurteil, soweit dieses anfechtbar ist."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 3. Juni 1919. C. K. w. D. H. L. Bs. VI 50/19. Nö.

---

198. Zulässigkeit der Pfändung und Versteigerung der beim Verkäufer lagernden und noch dem Verkäufer gehörenden Kaufsache wegen der Kaufpreisforderung*; Befreiung des Verkäufers von der Übergabepflicht; Vereinbarung eines Lagergeldes als Vereinbarnng i. S. des § 930 BGB.

*Vgl. 68 Nr. 223 m. N.

ZPO. § 808; BGB. §§ 433. 325; BGB. § 930.

Der Kläger war in einem Vorprozesse als Gesamtschuldner mit andren Mitgliedern der jetzt aufgelösten freiwilligen Feuerwehr zu B. verurteilt worden, als Kaufpreis für eine von der Beklagten an die Feuerwehr verkaufte



Schiebeleiter 2132 M sowie weiter vom 18. Nov. 1910 ab eine monatliche Entschädigung von je 20 M bis zur Abnahme der Feuerwehrleiter an die Beklagte zu zahlen. Nachdem er den Kaufpreis von 2132 M bezahlt hatte, ließ die Beklagte wegen 352,40 M festgesetzter Kosten und der auf die Zeit vom 18. Nov. 1910 bis zum 17. Febr. 1914 780 M betragenden Entschädigung die noch bei ihr lagernde Leiter pfänden und am 13. Febr. 1914 versteigern. Der Erlös wurde zur teilweisen Deckung ihres Anspruchs verwendet. Nunmehr setzte der Kläger der Beklagten am 2. März 1914 brieflich eine Frist zur Lieferung und Übergabe der Leiter mit der Erklärung, daß er nach fruchtlosem Ablauf die Annahme ablehne. Die Beklagte erwiderte, sie sei zur Lieferung und Übergabe im Hinblick auf die vorgenommene Versteigerung der Leiter außerstande. Der Kläger erklärte wegen des angeblichen Verzugs der Beklagten und wegen deren Unvermögens zur Lieferung der Leiter den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte mit der Klage die Zahlung von 2132 M

Das Landgericht gab der Klage statt. Auf die Berufung des Beklagten wurde die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

„Dem Landgericht kann nicht gefolgt werden, wenn es die Frage, ob die Beklagte die Unmöglichkeit zur Lieferung der Leiter zu vertreten habe, bejaht. Es geht hierbei davon aus, daß das Eigentum an der verkauften Leiter noch nicht auf den Kläger übergegangen, vielmehr noch bei der Beklagten verblieben sei, daß also die Beklagte ihre eigene Sache habe pfänden und versteigern lassen. Das sei unzulässig gewesen. Durch diese unzulässige Zwangsvollstreckung habe sich die Beklagte selbst in die Unmöglichkeit versetzt, die verkaufte Leiter dem Kläger zu liefern. Das habe sie nach § 325 BGB. zu vertreten.

Das ist nicht zutreffend. Schon der Ausgangspunkt des Landgerichts ist verfehlt. Wenn der Kläger das Verlangen der Beklagten, während der Dauer der Aufbewahrung der Leiter Lagergeld zu bezahlen anerkannt hat, so ist in diesem Anerkenntnis eine Vereinbarung der Parteien im Sinne des § 930 BGB. zu erblicken, welche die Übergabe der Leiter ersetzte. Es ist also mindestens seit dem Tage des Anerkenntnisses, dem 25. Febr. 1913, das Eigentum an der Leiter auf den Kläger übergegangen, sofern nicht, wie die Beklagte behauptet, schon vorher eine Abmachung über die Zahlung an Lagergeld getroffen und demgemäß das Eigentum schon früher übergegangen war,

Aber selbst wenn ein Eigentumsübergang nach § 930 nicht angenommen werden könnte und die Leiter zur Zeit der Pfändung noch im Eigentum der Beklagten gestanden hätte, würde die Pfändung nicht unzulässig gewesen sein. Vielmehr ist die Frage nach der Zulässigkeit der Pfändung einer dem Gläubiger selbst gehörigen Sache mit dem Reichsgericht (SeuffA. 68 Nr. 223) und mit Stein — ZPO. II. S. 577ff. 11. 21 — zu bejahen. Eine solche Pfändung ist als rechtmäßig und geeignet anzusehen, im Endergebnis dieselben Wirkungen zu erzeugen, wie jede andere Pfändung. Jedenfalls begeht ein Gläubiger, wenn er seine eigene Sache pfänden läßt, keine ihm im Verhältnis

zum Schuldner verbotene Handlung; dieser kann sich nicht darüber beschweren, wenn der Gläubiger es den Umständen nach für zweckmäßig erachtet, seine eigene Sache pfänden und versteigern zu lassen und sich auf diese Weise wegen seiner Forderung gegen den Schuldner bezahlt zu machen.

Hat aber vorliegend die Beklagte durch die Pfändung der Leiter, selbst wenn diese noch ihr selbst gehört haben sollte, nicht gegen eine Verbotsnorm verstoßen, so kann die Tatsache, daß die Beklagte infolge der Versteigerung der Leiter nicht mehr in der Lage ist, sie dem Kläger zu liefern, nicht im Sinne des §325 BGB. als ein Umstand angesehen werden, den sie zu vertreten hat. Noch jetzt gilt der Satz: qui jure suo utitur neminem laedit d. h. wer von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, hat den daraus etwa einem anderen erwachsenden Schaden in der Regel — soweit nicht das hier nicht in Betracht kommende Schikaneverbot des § 226 BGB. einschlägt — nicht zu vertreten. Vorliegend kommt noch dazu, daß die Pfändung und Versteigerung der Leiter wesentlich auch im Interesse des Klägers lag, weil dadurch das weitere Anwachsen des Lagergeldes vermieden und der Kläger von seiner Schuld befreit wurde.

Hat aber die Beklagte die durch die Pfändung und Versteigerung herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten, so war der vom Kläger erklärte Rücktritt und demzufolge auch die darauf beruhende Klagforderung nicht begründet."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 23. Mai 1919. G. w. S. 7 O. 224/14. — e —

199. Rechtshilfe in Grundbuchsachen; Rechtshilfeersuchen können nur auf eine dem ersuchten Gericht an sich obliegende Amtstätigkeit gerichtet werden.

Vgl. 60 Nr. 23. — FGG. § 2. GVG. §§ 157. 160.

Durch Schreiben vom 14. März 1919 teilte das Amtsgericht T. dem Amtsgericht S. mit, daß der Eigentümer des im Grundbuch von M. Band I Blatt 1 eingetragenen Grundstücks eine Parzelle zu veräußern beabsichtige und eine im Bezirk des Amtsgerichts S. wohnhafte Hypothekengläubigerin bitte, die pfandfreie Abschreibung dieser Parzelle zu bewilligen. Das Amtsgericht T. ersuchte das Amtsgericht S., eine solche Erklärung der Hypothekengläubigerin entgegenzunehmen und den einzuliefernden Hypothekenbrief mit der Erklärung dem Amtsgericht T. zu übersenden.

Das Amtsgericht S. lehnte dieses Ersuchen mit der Begründung ab, daß die Beschaffung der Pfandentlassungserklärung Sache der Partei und nicht Gegenstand der Staatshilfe sei.

Das Amtsgericht T. rief die Entscheidung des Oberlandesgerichts wegen verweigerter Rechtshilfe ohne Erfolg an. Aus den Gründen:

„Dem ersuchten Gericht ist darin beizutreten, daß ein Rechtshilfeersuchen nicht vorliegt. Wenn das Amtsgericht T. im Wege der Beurkundungstätig-

keit den Antrag des Eigentümers auf pfandfreie Abschreibung der Parzelle und seine Auflassungserklärung entgegennahm und beurkundete, so hatte es damit seine Aufgabe als Beurkundungsbehörde erfüllt. Demnächst hatte es als Grundbuchbehörde über die gestellten Anträge zu entscheiden und konnte dem Eigentümer eine Frist zur Beibringung der Bewilligungserklärung des Hypothekengläubigers bestimmen. Aber die Beibringung dieser Erklärung blieb stets Sache des Grundeigentümers. Dem Amtsgericht lag es weder als Beurkundungs- noch als Grundbuchrichter ob, sich um die Erteilung dieser Genehmigung zu bemühen. Es hatte nur eine vor ihm erklärte Genehmigung zu beurkunden.

Daraus ergibt sich, daß das hier vom Amtsgericht T. gestellte Ersuchen außerhalb der amtlichen Funktionen dieses Gerichts lag. Wenn der Richter sich aus Entgegenkommen gegen den Grundstückseigentümer entschloß, das Amtsgericht S. um die Herbeiführung der Pfandentlassungserklärung zu ersuchen, so war dies eine Beistandsleistung für die privaten Interessen eines Gerichtseingesessenen, wie sie vielfach geübt wird und aus praktischen Gründen im Einzelfall billigenswert erscheinen mag. Ihrem rechtlichen Charakter nach stellte sich diese Handlung aber als eine Vermittelungstätigkeit im Partei-Interesse dar, und sie bildete für das ersuchte Gericht lediglich eine Anregung, nunmehr seinerseits eine ihm demnächst obliegende amtliche Beurkundung in die Wege zu leiten. Indem das Amtsgericht S. diese Vermittlungstätigkeit zurückwies und auf die Anregung nicht einging, wurde damit nicht ein Rechtshilfeersuchen abgelehnt, sondern das Amtsgericht S. weigerte sich, in privater Angelegenheit eine Partei zu veranlassen, eine Erklärung vor ihm abzugeben, indem es sich auf den rechtlich nicht zu beanstandenden Standpunkt stellte, daß es zwar vor ihm abgegebene Erklärungen zu beurkunden, nicht aber Private zu veranlassen habe, solche Erklärungen vor ihm abzugeben. Das Amtsgericht S. entschied also nur darüber, wie es seine eigene Beurkundungstätigkeit handhaben wollte, und dem Amtsgericht T. stand es nicht zu, diese Tätigkeit eines anderen Gerichts amtlich zu beeinflussen.

Ein Rechtshilfeersuchen, das zur Voraussetzung hat, daß das ersuchende Gericht eine ihm an sich obliegende Amtshandlung durch ein anderes Gericht erledigt sehen will und diesem überträgt, liegt demgemäß nicht vor, und das Oberlandesgericht ist nicht befugt, gemäß §§ 157, 160 GVG., § 2 Freiw. Gerichtsbarkeitsges. das Amtsgericht S. anzuweisen. Ebensowenig ist § 87 des preußischen Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz, auf den sich das Amtsgericht T. bezogen hat, anwendbar.

Die hier vertretene Rechtsansicht wird in der Rechtsprechung und Rechtslehre geteilt (vgl. RG. in J. W. 1910 S. 717; Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 9 S. 374; Schlegelberger, FGG., Anm. 19 zu § 2)."

Beschluß des OLG. Kiel (1. ZS.) v. 27. März 1919. I.ER 7/19. Schlesw.-Holst. Anz. 1919 S. 93.

I. Bürgerliches Recht.

200. Nichtigkeit der Abtretung einer Grundschuld zur Sicherung von Ansprüchen, die im Bordellbetrieb entstanden sind*; der Zessionar, an den die Abtretung nur zur Einziehung erfolgt, kann sich auf § 892 BGB. nicht berufen.

*Vgl. 65 Nr. 112 m. N.

BGB. §§ 138. 873. 1291. BGB. § 892.

Der Weinhändler H. lieferte der Bordellbesitzerin Ha. auf Kredit mehrfach größere Posten Wein, die, wie er wußte, für den Bordellbetrieb bestimmt waren. Ferner gewährte er der Ha. vielfach Darlehen und zwar teilweise in großen Beträgen. Die ihm zur Deckung gegebenen Wechsel wurden bei der Fälligkeit prolongiert. Im Jahre 1907 verkaufte die Ha. zwei für sie eingetragene Grundschulden von 11800 ℳ für 8532,15 ℳ an H. H. zahlte 4100 ℳ in bar, der Rest des Kaufpreises wurde auf 4432,15 ℳ verrechnet, welche die Ha. damals dem H. über den durch Wechsel gedeckten Betrag hinaus schuldig war. H. trat die Grundschulden an die Klägerin ab, die gegen die Beklagten auf Nichtigkeit der für diese auf dem belasteten Grundstück mit dem Range vor den Grundschulden eingetragenen Hypotheken und Grundschulden Klage erhob. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die langjährige Geschäftsverbindung des H. mit der Ha., die bis aufs Jahr 1901 zurückgeht, diente dem Betrieb des Ha.schen Bordells, indem H. die für diesen Betrieb erforderlichen Weine lieferte, den Kaufpreis kreditierte, die dafür gegebenen Wechsel prolongierte und der Ha. über finanzielle Schwierigkeiten wiederholt durch Gewährung größerer Darlehen hinweghalf. Daß auch diese beträchtlichen Geldunterstützungen letzten Endes dazu dienten, den Bordellbetrieb fortzuführen, kann nach Lage der Sache um so weniger einem Zweifel unterliegen, als die Ha. selbst einen andern Zweck nicht anzugeben vermag.

Hiernach hat der erkennende Senat die volle Überzeugung davon gewonnen, daß die von H. der Ha. kreditierten Kaufschulden sowie die ihr darlehnsweise gewährten Beträge, welche durch den Grundschuldverkauf vom 6. Juli 1907 gesichert werden sollten, dem Bordellbetrieb zu dienen bestimmt waren, daß H. dieser Zweck bekannt war und daß er gerade im Hinblick auf diesen Zweck die Geschäfte abschloß. Der Ha. die Fortführung des Bordells

zu ermöglichen, war der Beweggrund für sein weitgehendes, geschäftliches Entgegenkommen. Durch die Ermöglichung des ungehinderten Bordellbetriebs erhielt er sich eine dauernde, erhebliche Absatzquelle für seine Weine und eine Gelegenheit, gewinnreiche Geldgeschäfte — durch den Abschluß des Vertrags vom 6. Juli 1907 machte er einen Gewinn von über 3200 M — zu machen. In dieser seiner Eigenschaft als Weinlieferant und Geldgeber der Ha. förderte er deren Bordellbetrieb in eigennütziger Weise und verstieß dadurch gegen die guten Sitten, mag auch der Kaufpreis für die Weine den üblichen Preis nicht überschritten haben (vgl. RG. in JW. 1903 Bd. 41; SeuffA. 61, 436, RGEntsch. 71, 192; 75, 74, Warneyer 1913 Nr. 312).

Sind demgemäß die Forderungen, zu deren Sicherheit die Abtretung vom 6. Juli 1907 dienen sollte, nichtig, so ist die Abtretung selbst rechtlich bedeutungslos.

Und da die von H. an die Klägerin bewirkte weitere Abtretung der Grundschulden nur zur Einziehung erfolgt ist, kann die Klägerin sich nicht mit Erfolg auf § 892 BGB. berufen, sondern muß sich die dem Rechte des H. entgegenstehenden Einreden entgegensetzen lassen (RGEntsch. 72, 379).

Der erkennende Senat ist in dieser Hinsicht auch bei Berücksichtigung der neuen Aussage des H. zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin lediglich die Forderung einziehen sollte, um das Debetsaldo des H. zu verringern, und daß dessen Schuld insoweit, als die Einziehung ohne Erfolg blieb, bestehen blieb."

Urteil des OLG. zu Dresden (7. Sen.) v. 10. Januar 1919. In S. H. w. B. 7. O 23/18. —e—

---

201. Verbindung einer gültigen mit einer nichtigen Abrede, deren Nichtigkeit den Vertragsteilen bewußt ist; Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB.; Wesen des Rechtsgeschäfts.

BGB. § 139.

Die Parteien schlossen im Jahre 1911 einen privatschriftlichen Vertrag, inhalts dessen der Beklagte vom Kläger dessen näher bezeichneten Waldbestand mitsamt dem Grund und Boden für 2000 M kaufte und Kläger sich verpflichtete, für den Fall, daß der Grundstückskaufvertrag nicht formgültig abgeschlossen werden würde, für das Dezimal eine Mark zurückzuzahlen. Der Beklagte zahlte die 2000 M und fällte einen Teil des Holzes. Der Kläger sandte einige Zeit später das Geld zurück und klagte auf Anerkennung seines Eigentums am Walde und Unterlassung des weiteren Holzhiebes, während der Beklagte im Wege der Widerklage die Feststellung seines Rechtes zur Fällung des Holzes verlangte. Es wurde unter Abweisung der Klage nach dem Antrage der Widerklage erkannt. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Ber.-Gericht geht davon aus, daß grundsätzlich der ganze Vertrag

von der Nichtigkeit der Abmachung über den Grundstückskauf getroffen werde, daß aber im Sinne des § 139 BGB. anzunehmen sei, daß der Holzkauf, welcher formlos gültig sei, von den Parteien auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde. Wäre die von der Revision geteilte Ansicht des Berufungsgerichts zutreffend, daß ein Teil des von den Parteien abgeschlossenen Vertrages nichtig sei, so würden gegen die Anwendung des § 139 BGB. keine rechtlichen Bedenken bestehen. Aus den hierzu getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, daß die beiden Vertragschließenden den Kauf des Holzes auf alle Fälle zum Abschluß bringen wollten; der Beklagte wollte als Holzhändler in erster Linie das Holz für sich erwerben und der Kläger hat von Anfang an gegen das einstweilige Holzfällen des Beklagten nichts eingewendet und es auch später geduldet, bis er am 14. November 1917 dem Beklagten schrieb, er wolle von heute ab den Handel nicht mehr aufrechthalten, da er das Holz jetzt für sich brauche.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß zwischen den Parteien ein rechtsgültiger Holzkauf und zugleich ein Grundstückskauf im Rechtssinne abgeschlossen sei, ist aber nach den eigenen Feststellungen des Gerichts nicht zu halten.

Wie aus dem Zusammenhange der Entscheidungsgründe deutlich hervorgeht, schließt sich das Berufungsgericht dem Landgericht darin an, daß die Parteien bei den Kaufverhandlungen genau wußten, daß der Kauf über das Grundstück, d. h. über den Grund und Boden im Gegensatz zu dem Holzkauf, notariell beurkundet werden müsse, wenn er rechtswirksam werden sollte. Soweit darnach der Grundstückskauf in Frage kommt, tauschten die Parteien Willenserklärungen aus, von welchen sie wußten, daß sie keine Rechtswirkungen erzeugen konnten. Die Parteien erklärten zwar ernstlich, daß der eine Teil das Grundstück verkaufen, der andere Teil es kaufen wollte, sie schlossen aber gegenwärtig noch keinen Vertrag ab, weil sie sich klar waren, daß die Willenserklärungen an bestimmte Formen gebunden waren, wenn sie einen Kauf begründen sollten. Wie das Reichsgericht bereits in Bd. 68 S. 322 zutreffend ausgeführt hat (vgl. auch RGEntsch. 79, 305), liegen rechtsgeschäftliche Erklärungen in Fällen der vorliegenden Art nicht vor. Zum Rechtsgeschäft gehört vor allem eine auf Erzeugung von Rechtswirkungen gerichtete Absicht der Beteiligten. Beim Austausch ihrer Erklärungen über den Kauf des Grundstücks aber wollten die Parteien zur Zeit noch nicht den Kauf selbst abschließen oder die Verpflichtung des Klägers zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück vertraglich festlegen, sie behielten sich solche Abmachungen vielmehr erst für einen späteren Zeitpunkt vor.

Liegen aber keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen über den Grundstückskauf vor, so ist, wie in dem erwähnten Urteile des Reichsgerichts ausgeführt ist, für die Anwendung des § 139 BGB. überhaupt kein Raum, da dann von der Nichtigkeit eines Teiles des Rechtsgeschäfts nicht gesprochen werden

kann. Das allein von den Parteien ernstlich gewollte Rechtsgeschäft, der Kauf des Holzes, ist somit rechtsgültig, da dieser auf Aneignung von Erzeugnissen des Grundstücks (§ 956 BGB.) gerichtete Vertrag einer Form nicht bedarf."

Urteil des Reichsgerichts (5. Sen.) v. 24. Mai 1919. B. w. S. (OLG. Nürnberg). V. 89/19.

---

202. Können unter dem Gesichtspunkt des Verzugschadens höhere als die gesetzlichen Zinsen verlangt werden?

BGB. §§ 286. 288. 291.

Mit der Klage wurde aus einer Schiffskollision Schadenersatz nebst 5% Zinsen auf die geforderte Summe verlangt. Zugesprochen wurden nur 4% mit folgender Begründung:

„. . . Die Forderung des fünften Prozent Zinsen wird auf die Behauptung gestützt, die Klägerin würde sowohl in ihrem Geschäfte, wie bei Anlegung in Wertpapieren 5% Zinsen gemacht haben, wenn sie das Geld am Tage der Fälligkeit der Schadensbeträge erhalten haben würde. Beklagte hat diese Behauptung bestritten und für nicht beweisbar erklärt; letzteres hat auch das Landgericht angenommen.

Es handelt sich um einen Anspruch auf Schadenersatz aus einer unerlaubten Handlung. Der gesetzliche Zinsfuß beträgt also nach § 246 BGB. 4%, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Für die Prozeßzinsen ist das nicht geschehen, indem in § 291 BGB. ausdrücklich nur § 288 Absatz 1 und § 289 Satz 1 für anwendbar erklärt sind, nicht auch § 288 Absatz 2 und § 289 Satz 2 BGB.

Die klägerische Forderung wäre aber auch unbegründet, wenn Verzug vorläge. Unter dem weiteren Schaden des Abs. 2 § 288 BGB. ist ein nach §§ 286, 287 BGB. möglicherweise entstandener Schaden zu verstehen (vgl. RGR. Kom.). Dieser weitere Schaden ist ein durch einzelne positive hinzukommende Momente entstandener Schaden: es kann damnum emergens oder lucrum cessans sein; es genügt aber nicht die allgemeine Behauptung, daß ein Kaufmann in seiner Kapitalanlage oder in seinem Geschäft mit seinem Geld mehr Zinsen macht, als der gesetzliche Zinsfuß beträgt. So wären z. B. als Verzugschaden mehr als 4% Zinsen zuzusprechen, wenn der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners in die Lage versetzt worden ist, sich die geschuldete Summe anderweitig beschaffen zu müssen, und dieses Geld nur gegen höhere Zinsen erhalten kann. Das Gesetz entscheidet aber in § 288 BGB. zwischen Verzinsung Abs. 1 und weiterem Schaden Abs. 2. Auch Plank erachtet zum Beweis eines durch die Verzugzinsen nicht gedeckten Schadens den Nachweis für nicht genügend, daß die landesüblichen Zinsen zur Zeit des Verzuges höher sind als die gesetzlichen; er hält auch bei einem

Kaufmann die Ansicht für richtiger, daß der Nachweis zu fordern ist, daß bei den in dem einzelnen Falle vorliegenden Umständen von der Möglichkeit einer höheren verzinslichen Belegung Gebrauch gemacht worden wäre (Plank BGB. zu § 288). Das Gericht schließt sich dieser Ansicht an und hält eine ganz allgemeine Behauptung eines Gläubigers, er mache mit seinem Gelde mehr Zinsen als der gesetzliche Zinsfuß betrage, nicht für eine genügende Spezifikation eines weiteren Schadens."

Urteil des OLG. zu Hamburg (1. Sen.) v. 7. Juli 1919. K. w. B. & V. Bf. I. 129/19. B.

---

203. Die Vereinbarung zwischen der vorgesetzten Behörde und ihrem Untergebenen, daß ein von der Behörde gestellter Strafantrag unter gewissen Bedingungen zurückgenommen werden soll, begründet kein privatrechtliches Vertragverhältnis; bedingte Einwilligung in eine Versetzung.

Vgl. 55 Nr. 9.

BGB. §§ 320. 133. 242.

Der Kläger, Küster und Lehrer zu R., hatte sich schwerer Ehrenkränkungen gegen Geistliche der dortigen Kirche schuldig gemacht, und der Oberkirchenrat hatte deshalb Strafantrag gegen ihn gestellt. Infolgedessen wurde gegen den Kläger das Hauptverfahren wegen Beleidigung eröffnet. Auf Bitten des Klägers erklärte der Oberkirchenrat, er sei geneigt, den Strafantrag zurückzunehmen, wenn der Kläger gewisse Bedingungen erfülle: er sollte sich entschuldigen, die Beleidigungen zurücknehmen und sich zum Herbst 1917 auf eine nicht mit Kirchendienst verbundene Stelle versetzen lassen. Der Kläger war einverstanden und stellte die geforderten Erklärungen aus. Als er dann zum 1. Januar 1918 versetzt werden sollte, lehnte er die Übernahme dieser Stelle ab. Darauf teilte der Oberkirchenrat dem Amtsgericht zu St. mit, daß der Strafantrag nicht zurückgenommen werde, und der Kläger wurde im Strafverfahren zu einer Geldstrafe verurteilt. Im Zivilprozesse hat der Kläger zunächst die Verurteilung des Oberkirchenrats zur Rücknahme des Strafantrages, in der nach Abweisung der Klage eingelegten Berufung aber dessen Verurteilung zur Erstattung von Strafe und Kosten verlangt. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„An sich ist zuzugeben, daß eine Verpflichtung, einen gestellten Strafantrag zurückzunehmen, vertragsmäßig begründet werden kann. Wohl aber bestehen im vorliegenden Falle sehr erhebliche Bedenken dagegen, daß der Oberkirchenrat nach dieser Richtung hin eine vertragsmäßige Bindung übernommen hat.

Der Oberkirchenrat und der Kläger haben sich niemals als zwei Vertragschließende gegenübergestanden, die in rechtlich gleicher Stellung miteinander

verhandelt haben und endlich zu einer privatrechtlich bindenden Vereinbarung gelangt sind. Der Oberkirchenrat hat lediglich als höchste kirchliche Behörde, die sowohl die Stellung der Geistlichen wie die des Klägers als Kirchendieners (Küsters) zu überwachen hatte, sich mit dem Zerwürfnis zwischen den Pastoren und dem Küsterschullehrer befaßt und von diesem Standpunkt aus eine Vermittlung angestrebt, die einmal das Ansehen und die Würde der Kirche wahren, anderseits aber auch den Kläger, der sich schwer vergangen hatte, schonen sollte. Was der Oberkirchenrat in dieser Beziehung unternommen hat, ist Ausfluß seiner behördlichen Stellung, wie auch die Fassung seiner an den Kläger und dessen Verteidiger erlassenen Verfügung klar erkennen läßt. Seine Tätigkeit und das Inaussichtstellen der Zurücknahme des Strafantrages liegt völlig auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Nur als vorgesetzte Behörde ist er dem Kläger gegenüber getreten. Ein vertragsmäßiges Verhältnis, aus welchem der Kläger Rechte herleiten könnte, liegt überhaupt nicht vor. Schon deshalb ist die Klage unbegründet.

Aber auch von der Auffassung des Klägers aus ist der Anspruch haltlos, weil er die Bedingung, unter der der Oberkirchenrat den Strafantrag zurücknehmen wollte, nicht erfüllt hat. Es ist Buchstabenauslegung, wenn der Kläger behauptet, er habe seiner Verpflichtung genügt, da er sich bereit erklärt habe, sich zum Herbst 1917 versetzen zu lassen; damals sei seine Versetzung nicht erfolgt und die Versetzung zum 1. Januar 1918 habe er nicht anzunehmen brauchen. Der Sinn der Bedingung war klar. Der Verbleib des Klägers in R. war unleidlich geworden. Die Hinzufügung der Versetzung zum Herbst 1917 hatte offensichtlich nicht die Bedeutung, daß die Versetzung nur zu diesem Zeitpunkt erfolgen sollte, sondern daß sie zu dem nächsten möglichen Zeitpunkt zu geschehen hatte. Denn keinem der Beteiligten war es unbekannt, daß es völlig ungewiß war, ob schon zu Michaelis 1917 eine passende Stelle frei sein würde. Der Kernpunkt der Bedingung war die Niederlegung des bisherigen Amtes und die Versetzung auf eine nicht mit Kirchendienst verbundene Schulstelle: sie sollte sobald als möglich erfolgen, also, wenn eine Versetzung nicht schon im nächsten Vierteljahr, sondern erst später zu erreichen war, zu dem ersten Termine, in welchem sich diese Möglichkeit ergab. Daher mußte der Kläger die ihm zu Neujahr 1918 angebotene Lehrerstelle in N. annehmen oder die Folgen der Nichterfüllung der Bedingung auf sich nehmen. In Frage könnte höchstens kommen, ob man ihm eine Stelle angeboten hat, deren Annahme ihm billigerweise nicht angesonnen werden könnte. Davon kann hier nicht die Rede sein." ....

Urteil des OLG. zu Rostock (1. Sen.) v. 19. Sept. 1918. K. w. Oberkirchenrat zu S. Oe 73/1918. K—n

---

204. Erklärung der Leistungsweigerung durch den Anbietenden während der Bindungsfrist macht regelmäßig die Setzung einer Nachfrist nach der Annahme des Angebots nicht entbehrlich.

Vgl. 73 Nr. 196 m. N.
BGB. § 326.

Die Beklagte bot am 22. Dez. 1914 der Klägerin 3000 Militärdecken zum Kauf an und erklärte sich an ihr Angebot bis zum 30. Dez. 1914 als gebunden. Nach mehrfachem Telegrammwechsel, in welchem die Klägerin für den Fall der Nichtlieferung mit Schadenersatzansprüchen drohte, die Beklagte jeden Schadenersatz ablehnte, kam durch Annahmetelegramm der Klägerin vom Vormittag des 30. Dez. 1914 der Abschluß zustande. Die Klägerin forderte demnächst Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Der Berufungsrichter wies die Klage ab, da die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist im Sinne des § 326 BGB. nicht gesetzt habe, obwohl eine ernstliche Erfüllungsweigerung der Beklagten zu verneinen sei.

Die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„. . . Mit Recht stellt der Berufungsrichter eine strenge Anforderung an eine Erfüllungsweigerung derart, daß aus ihr die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung soll gefolgert werden können. Dieser strenge Maßstab ist insbesondere anzulegen, wenn der an sein Angebot gebundene Anbietende schon während der Bindungsfrist, also schon vor dem Abschluß, Gründe geltend macht, warum er die Leistung, falls das Angebot angenommen werden sollte, nicht machen könne und nicht machen werde. Daß der Berufungsrichter die rechtliche Möglichkeit einer ernstlichen und endgültigen Leistungsweigerung schon vor Abschluß verkannt hat, ist nicht entfernt ersichtlich. Eine solche Weigerung könnte aber dem anderen Teil Anlaß und Stütze bieten, eine Annahmebereitschaft und Annahme vorzugeben, während er in Wahrheit die wirkliche Erfüllung des Anbietenden nicht annehmen könnte, also das Angebot ablehnen müßte und würde. Darum müssen ohne dringendste Gründe für das Gegenteil solche vorgängigen, die eventuelle Erfüllung aus dem oder jenem Grunde als nicht angängig hinstellenden Erklärungen des Anbietenden nur als Versuche aufgefaßt werden, vom Vertrage loszukommen. Eben dies spricht der Berufungsrichter aus; er verlautbart also auf Grund richtiger Rechtsanschauungen nur eine tatsächliche Würdigung des vorliegenden Prozeßstoffes. Diese Würdigung ist ohne Rechtsirrtum auch in betreff der von der Beklagten nach dem am 30. Dez. 1914 erfolgten Zustandekommen des Schlusses abgegebenen Erklärung.

Ausreichend ist allein schon Zeitpunkt, Zusammenhang und Begründung der Erklärung der Klägerin, daß sie nicht mehr Lieferung, sondern nur noch Schadenersatz verlange. Diese Erklärung erfolgte am Schlusse des Briefes am Vormittag des 30. Dez. 1914 mit den Worten ‚Wir verzichten auf die Lieferung und halten Sie für allen Schaden verantwortlich‘. Das der Klä-

gerin bei Abfassung ihres Schreibens vorliegende Telegramm der Beklagten vom 29. Dez. 1914 hatte jede Entschädigung abgelehnt, Wegnahme der Decken durch höhere Gewalt, sowie daß noch kein Kauf perfekt sei, geltend gemacht und mit den Worten geschlossen ‚Ausfuhr wahrscheinlich überhaupt nicht möglich, definitiven Bescheid darüber bekomme ich erst morgen vom Hauptzollamt'. Ohne diesen definitiven Bescheid abzuwarten, verzichtete nunmehr die Klägerin in ihrem Schreiben vom 30. Dez. 1914 auf Lieferung und beschränkte ihr Verlangen auf Schadenersatz, trotzdem sie an eben demselben Vormittag des 30. Dez. 1914 um 9 Uhr 50 Minuten die im Schreiben als Beilage erwähnte Depesche abgeschickt hatte, daß sie die Decken sofort oder 12% Schadenersatz verlange. Es ist nicht ersichtlich und nicht verständlich, warum die Klägerin so plötzlich — zwischen Telegramm und Schreiben — ihren Willen änderte; sie hatte dringendsten Anlaß, den Erfolg der sachlichen Gegenvorhalte, die sie der Beklagten in ihrem Schreiben vom 29. Dezember 1914 gemacht hatte und in ihrem Schreiben vom 30. Dez. 1914 nochmals machte, abzuwarten; und sie hatte kraft des § 326 BGB. die gesetzliche Pflicht, nach dem Hin und Her der Telegramme durch Fristsetzung eine endgültige und unzweideutige Erklärung der Beklagten hervorzurufen, ob die in erster Linie in bestimmter Frist bei Vermeidung sonst drohender Schadenersatzpflicht verlangte Lieferung wirklich und ernstlich abgelehnt werden solle. Das gerade ist der Zweck der Fristsetzung, auf Grund einer geklärten Sachlage eine klare Willensbetätigung des Lieferungspflichtigen herauszufördern. Statt dessen hat die Klägerin sogleich auf Erzielung einer Entschädigung hingestrebt, und sie hat dann auch in ihrem Schreiben vom 30. Dez. 1914 eine ernstliche und endgültige Lieferungsverweigerung der Beklagten keineswegs als Grund dafür angeführt, daß sie nunmehr im Widerspruch mit ihrer gleichzeitigen Depesche — von 9 Uhr 50 Minuten vormittags — nur noch Schadenersatz fordere und nicht mehr Lieferung. Diesen Entschluß, die Annahme einer Lieferung ohne weiteres abzulehnen, hatte die Klägerin demnach schon gefaßt, bevor bei ihr die Schlußdepesche der Beklagten vom 30. Dez. 1914 einlief, und diese Schlußdepesche kann von ihr auch nicht nachträglich als Erfüllungsweigerung der Beklagten angesehen und als Stütze für Unterlassung der Fristsetzung benutzt werden, weil sie — wie bereits betont — den Erfolg ihrer wiederholt brieflich gemachten sachlichen Vorhalte abzuwarten und durch Fristsetzung klarzustellen hatte. Es sind rein tatsächliche Erwägungen, aus denen der Berufungsrichter folgert, daß die Klägerin auf anderweits abgeänderte Vorschläge oder Entschließungen der Beklagten rechnen konnte und mußte, und daß die Klägerin ihre etwaige Auffassung, die Beklagte habe Lieferung bereits endgültig verweigert, für eine zweifelsfreie nicht erachten durfte."

Urteil des Reichsgerichts (3. Sen.) v. 1. Juli 1919. B. & B., G. m. b. H., w. M. (OLG. Stuttgart). III. 22/19.



205. Gesetzliche Pfandrechte erlöschen nicht infolge Schuldübernahme.

BGB. § 418.

Die Beklagte hatte auf ihrem Grundstück zum Betriebe der Gastwirtschaft bestimmte Räume an Sch. bis zum Jahre 1919 vermietet. Sch. übereignete demnächst das ihm gehörige in die Mieträume eingebrachte Inventar an die Klägerin. Später traten die Eheleute P. an Stelle des Sch. in den von diesem mit der Beklagten geschlossenen Mietvertrag ein. Die Beklagte machte wegen ihrer Mietzinsforderungen gegen die Eheleute P. ein Vermieterpfandrecht an dem von Sch. eingebrachten Inventar geltend. Die Klage der Klägerin auf Herausgabe des Inventars wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Unzweifelhaft bestand das Vermieterpfandrecht des Beklagten an dem Inventar, dessen Herausgabe Kl. mit der Klage fordert, solange Sch. Mieter war, obwohl das Eigentum während der Mietzeit auf die Kl. übergegangen war, und zwar für alle, auch die künftigen Forderungen des Bekl. aus dem bis 1919 laufenden Vertrage. Hieran würde sicher nichts geändert worden sein, wenn der Eintritt der Eheleute in den Vertrag dahin aufzufassen wäre, daß Sch. nach wie vor neben den Eheleuten P. aus dem Vertrage verhaftet geblieben wäre. Zu einer solchen Feststellung vermochte indessen das Gericht nicht zu gelangen. Es fragt sich daher, wie es mit dem Fortbestand des gesetzlichen Pfandrechts steht, wenn ein anderer die gesicherte Schuld mit der Wirkung übernimmt, daß der alte Schuldner von jeder Verbindlichkeit frei wird. § 418, 1 BGB. bestimmt für den Fall bestellter Bürgschaften und Pfandrechte ausdrücklich, daß sie im Falle solcher Schuldübernahme erlöschen, falls nicht der Bürge oder der derzeitige Eigentümer der Pfandsache ihr zustimmen. Dem Wortlaute nach werden die gesetzlichen Pfandrechte von dieser Bestimmung nicht getroffen. Aber auch innere Gründe sprechen gegen eine ausdehnende Auslegung. § 418, 1 BGB. beruht auf dem Gedanken, daß der Besteller eines Pfandrechts in der Regel ein entscheidendes Gewicht auf die Person des Schuldners legt, und daß es daher der Billigkeit entspricht, die sich an und für sich aus dem Prinzip der Sondernachfolge in die Schuld folgerichtig ergebende Weiterverhaftung des Pfandes nicht eintreten zu lassen. (Vgl. Staudinger, Anm. 1 zu § 418 BGB.) Das gesetzliche Pfandrecht aber entsteht beim Vorhandensein der Voraussetzungen ohne, ja gegen den Willen der Parteien. Die Verhältnisse sind also ganz andere als beim Vertragspfand. Die Anhänger der ausdehnenden Auslegung des § 418 BGB. legen das Hauptgewicht darauf, daß ihr Gegenteil unter Umständen ebenfalls zu Härten gegenüber dem Eigentümer der Pfandsache führen könne. Aber dieser Gesichtspunkt, wenn er selbst zutreffen sollte, kann nicht als entscheidend angesehen werden.

Geht man davon aus, daß das Vermieterpfandrecht als gesetzliches Pfand durch private Schuldübernahme nicht erlischt, so ergibt sich, daß Bekl. sich

noch jetzt, nachdem ihm die Eheleute P. unstreitig mehrere Tausend Mark Miete schuldig geblieben sind, darauf berufen kann, und daß das Herausgabeverlangen der Kl. nicht begründet ist."

Urteil des OLG. zu Hamburg (5. Sen.) v. 11. Juli 1919. Holst.-Br. w. A. H. P. Bf. V 143/19. Nö.

---

206. Vereinbarung des Rechts zu sofortiger Kündigung für den Fall, daß der Pächter mit nur einer Pachtzinsrate im Rückstande ist.

Vgl. 67 Nr. 54; 72 Nr. 157.
BGB. §§ 554. 157. 138.

Die Klägerin hatte am 9. Okt. 1917 eine Weide an den Beklagten auf die Dauer von 10 Jahren verpachtet. Die Pacht betrug jährlich 480 ℳ und war jedes Jahr im voraus, spätestens am 1. Mai zu zahlen. Falls der Pächter mit der Zahlung in Rückstand kam, sollte dem Verpächter sofort die Kündigung freistehen. Ein Nachtrag zu dem Vertrage von demselben Datum bestimmte: „Die Pacht ist zu zahlen 240 ℳ am 1. Mai, 240 ℳ am 1. Okt. jeden Jahres." Der Beklagte zahlte die am 1. Mai 1918 fällige Rate nicht. Die Klägerin kündigte deshalb den Pachtvertrag am 3. Mai 1918. Darauf bot der Beklagte den fälligen Betrag der Klägerin noch am 3. Mai an, die Klägerin wies die Zahlung zurück und klagte auf Räumung. Der Beklagte bestritt die Zulässigkeit der sofortigen Kündigung. Das Landgericht wies die Klage ab. Das OLG. gab ihr statt. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Der Vertrag enthält die Bestimmung, daß, wenn der Pächter mit der Zahlung in Rückstand kommt, dem Verpächter sofort die Kündigung freistehe. Diese Bestimmung konnte sich bei der ursprünglichen Fassung des Vertrages nur auf die Zahlung der am 1. Mai jedes Jahres fälligen Jahrespacht von 480 ℳ beziehen. Nachdem noch am Tage der schriftlichen Abfassung des Vertrages an Stelle des einen zwei Zahlungstermine — je 240 ℳ am 1. Mai und 1. Oktober — vereinbart waren, mußte jene Bestimmung, die unverändert bestehen blieb, nunmehr auf einen Rückstand mit den Pachtzinsteilbeträgen Bezug haben (wird ausgeführt). Es ergibt sich sonach bei Berücksichtigung des § 133 BGB. ein durchaus unzweideutiger Sinn der streitigen Klausel. Es kann aber auch die Anwendung des § 157 BGB. zu keiner anderen Auslegung des Vertrages führen. Wenn die Parteien einmal in klarer Weise ihren Willen dahin zum Ausdruck gebracht haben, daß das sofortige Kündigungsrecht abweichend von § 554 BGB. schon bei Rückstand mit nur einer Rate gegeben sein solle, so können allgemeine Erwägungen, daß der Vermieter an dieser Bestimmung kein erhebliches Interesse habe und daß es für ihn gleichgültig sei, ob sofort bereits am 2. Mai bzw. 2. Okt. gekündigt werden konnte oder erst einige Tage später, überhaupt nicht zu Raum kommen; ebensowenig wie derartige Erwägungen der Anwendung der gesetzlichen Vor-

schrift des § 554 BGB. entgegengesetzt werden können. Auch die weitere Begründung des Landgerichts, daß es sich bei den Pachtzinsbeträgen um verhältnismäßig geringe Summen handele, kann nicht durchschlagend sein. Ob die einzelnen Raten groß oder klein sind, ist ebenso wie im Falle des § 554 BGB. unerheblich. Auch der Umstand, daß die Klägerin nachträglich die Zahlung des Zinses in zwei Raten bewilligt hat, kann nicht zu einer ihr ungünstigen Auslegung des Vertrages herangezogen werden. Wenn die Klägerin in dieser Weise dem Beklagten entgegenkam, so folgt daraus noch nicht, daß sie auf pünktliche Einhaltung der Termine überhaupt kein großes Gewicht gelegt habe. Es liegt vielmehr die umgekehrte Erwägung näher, daß die Klägerin, je mehr sie dem Beklagten in diesem Punkte nachgab und je mehr sie ihm die Zahlung erleichterte, um so mehr ein Recht hatte, von dem Beklagten pünktliche Einhaltung der Termine zu verlangen. Auch der Umstand, daß eine sofortige Kündigung bei Rückstand mit nur einer Rate für den Pächter eine gewisse Härte bedeuten kann, nötigt nicht zu einer anderen Auslegung.

Anders würde der Fall zu beurteilen sein, wenn nach Inhalt, Beweggründen und Zweck der Vertrag gegen die guten Sitten verstieße, insbesondere die streitige Klausel für den Beklagten eine wirtschaftliche Knebelung bedeutete. Nach dieser Richtung hin hat der Beklagte nichts vorzubringen vermocht, und es ist auch aus den Vertragsverhandlungen der Parteien nichts ersichtlich, was den guten Sitten zuwiderliefe und zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB. führen könnte. Die bloße Vereinbarung eines Kündigungsrechts der streitigen Art ohne Hinzutritt anderer Umstände vermag aber die Nichtigkeit nicht zu begründen. Für den Beklagten gilt eben, daß, wer sich einer Vertragsklausel unterworfen hat, sich derselben nicht nachträglich unter Berufung auf Treu und Glauben mit der Begründung entziehen kann, daß die Klausel nicht seinen Interessen entspreche oder ihm wirtschaftlich schädlich sei, sofern nicht ein Fall des § 138 BGB. vorliegt. Es sind sonach keine Umstände ersichtlich, die eine Auslegung des Vertrages im Sinne des Beklagten entgegen dem klaren Wortlaut rechtfertigen könnten. Irgendeine Verpflichtung der Klägerin zu weiterem Zuwarten bestand deshalb am 1. Mai nicht. Im Gegenteil lief sie im Fall einer Verzögerung der sofortigen Kündigung Gefahr, daß ihr Verhalten als Verzicht auf das ihr erwachsene Kündigungsrecht angesehen wurde (JW. 1915, 572; Warn. 1918 S. 94).

Insoweit ist allerdings der Auffassung des Beklagten beizutreten, daß nur ein verschuldeter Rückstand des Beklagten, also ein Verzug mit der Entrichtung des Pachtzinses, wie ihn auch § 554 BGB. erfordert, der Klägerin das sofortige Kündigungsrecht verschaffen konnte. Wenn auch dies im Vertrage nicht besonders zum Ausdruck gelangt ist, so wird doch in der Regel in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung nur diese an die gesetzliche Vorschrift des § 554 BGB. sich anschließende Auslegung dem Vertragswillen

der Parteien entsprechen. Es ist aber Sache des Beklagten, den Beweis, daß ihn kein Verschulden treffe, zu führen (§ 285 BGB.). Er hat diesen Beweis nicht erbracht. . . ."

Urteil des OLG. zu Oldenburg (Zivilsenat) v. 28. März 1919. K. w. St. U 69/18. F—n.

---

207. Auftrag zu einer Auszahlung im Auslande; Ersatzpflicht des Auftraggebers in Ansehung der durch außergewöhnliche Verhältnisse verursachten ungewöhnlich hohen Aufwendungen der beauftragten Bank; ist ungewiß, ob und wann die Auszahlung stattfindet, so darf die Bank mit der Eindeckung bis zum Eingange der Nachricht von der Auszahlung warten.

BGB. §§ 675. 670.

Am 26. Okt. 1915 schrieb der Beklagte an die Klägerin: „Wir bitten Sie hierdurch, der Firma J. R. & Co., Lissabon, für unsere Rechnung zur Verfügung des Führers unseres Bergungsdampfers ‚Newa„ Kapitän H., einen weiteren Betrag von Escudos 2000 zu überweisen. Wir haben Ihnen heute den ungefähren Gegenwert zum Kurse von 3,50 mit ℳ 7000 überwiesen und sehen einer endgültigen Regulierungsaufgabe entgegen, sobald Sie den genauen Kurs wissen." Am folgenden Tage schrieb die Klägerin: An Auszahlung in Gemäßheit Ihres Schreibens vom 26. Okt. Escudos 2000 durch Banco Aleman Transatlantico Madrid, zum Kurse von 3;50 wogegen Sie uns einstweilen ℳ 7000 vergütet haben. Endgültige Abrechnung lassen wir folgen.

Die Klägerin beauftragte den Banco Aleman Transatlantico in Madrid, die 2000 Escudos gemäß dem Auftrage des Beklagten zu überweisen. Die Verbindung der Klägerin mit dem Banco Aleman wurde dann durch die Kriegsereignisse gestört. Erst Ende Oktober 1917 erhielt die Klägerin einen Rechnungsauszug des Banco Aleman. Aus diesem ergab sich, daß sie unter dem 19. Nov. 1915 für den Gegenwert der Zahlung belastet worden war.

Am 1. Nov. 1917 schrieb die Klägerin an den Beklagten, daß sie in dem ihr jetzt vorliegenden Rechnungsauszuge des Banco Aleman Transatlantico, Madrid, für den Gegenwert dieser Zahlung unterm 19. Nov. 1915 belastet sei und ihm demgemäß diese Esc. 2000 = 7415,10 Ptas. zu 134½ und 1‰ mit 9983,30 ℳ und ¼% Gebühr mit 24,95 ℳ, zusammen 10008,25 ℳ, berechne und unter Verrechnung der erhaltenen 7000 ℳ um Vergütung des Restes von 3008,35 ℳ bitte.

Der Beklagte weigerte sich, den geforderten Betrag von 3008,25 ℳ zu zahlen. Er stand auf dem Standpunkte, daß für die Umrechnung in deutsche Währung der Kurs des Auszahlungstages maßgebend sein müsse. Die Klägerin dagegen vertrat die Auffassung, daß sie nicht habe anders handeln

können, als wie sie gehandelt habe, und daß der Beklagte ihr den Betrag ersetzen müsse, den sie habe aufwenden müssen. Sie schrieb am 9. Nov. 1917, es sei ihr nichts anderes übrig geblieben, als den Betrag jetzt einzudecken und zu dem gleichen Kurse abzurechnen, den ihr die Reichsbank in Ansatz gebracht habe.

Die Klägerin erhob Klage auf Zahlung von 3008,25 *M* nebst Zinsen. Der Klage wurde stattgegeben. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Die Klägerin hat in überzeugender Weise dargelegt, daß sie, wenn sie zu einer alsbald zu bewirkenden Auszahlung im Auslande Auftrag erhalten habe, regelmäßig zunächst den erforderlichen Betrag fremder Valuta in der durch Verordnung vorgeschriebenen Weise angekauft und dann zur Auszahlung Anweisung gegeben habe, daß aber anders verfahren sei, wenn bei der Erteilung von Aufträgen zur Zahlung im Auslande zunächst — wie z. B. im Falle von Akkreditiven — noch unbekannt gewesen sei, ob und wann die Auszahlungen stattfinden würden. Wenn in solchen Fällen die Bank von vornherein zur Eindeckung bei der Reichsbank schreiten würde, so würde die Bank damit ein nicht abzusehendes Risiko übernehmen: es müsse in solchen Fällen mit der Eindeckung gewartet werden, bis bekannt geworden sei, daß eine Zahlung in bestimmter Höhe geleistet sei. Das Berufungsgericht hat diese Darlegungen für einleuchtend gehalten. Würde die Bank zur Deckung für mögliche zukünftige Zahlungen im voraus fremde Valuta ankaufen, so würde sie damit in der Tat ein nicht abzuschätzendes Risiko übernehmen, ohne dafür ein entsprechendes Äquivalent erlangen zu können. Es erscheint darnach klar, daß die Bank, falls Zeit und Höhe der Auszahlung unbekannt ist, erst zur Eindeckung schreiten kann, wenn die Tatsache der Auszahlung ihr zur Kenntnis gelangt ist.

Im vorliegenden Falle handelte es sich darum, daß die spanischen Geschäftsfreunde der Klägerin veranlaßt werden sollten, von Madrid aus zu bewirken, daß in Lissabon eine Zahlung in portugiesischer Währung geleistet werde. Was die spanischen Geschäftsfreunde für die portugiesische Auszahlung aufzuwenden haben würden, hatte ihnen die Klägerin in Peseten zu vergüten. Darnach lag der Fall wesentlich anders als die Regelfälle der Anweisung einer sofort in Spanien in Peseten zu leistenden Auszahlung. Ob und wann der Banco Aleman in Madrid die Auszahlung in Lissabon herbeiführen werde, stand dahin. Erst recht war unbekannt, wieviel in Peseten der Banco Aleman zur Beschaffung der Auszahlung in portugiesischer Währung werde aufwenden müssen und wann diese Aufwendung stattfinden werde. Darnach war es für die Klägerin, die keine Veranlassung hatte, ohne Entgelt ein Risiko in Angelegenheiten des Beklagten auf sich zu nehmen, das Richtige und Angemessene, daß sie mit der Eindeckung wartete, bis Nachricht von der Auszahlung einlief, um dann für Eindeckung zu sorgen.

Nachdem die Klägerin Ende Oktober 1917 aus dem eingetroffenen Rech-

nungsauszuge des Banco Aleman ersehen hatte, daß die fragliche Auszahlung erfolgt war, hat sie sich alsbald durch Ankauf eines entsprechenden Betrages von Peseten bei der Reichsbank eingedeckt. Sehr auffallend erscheint zunächst der Umstand, daß die Klägerin, statt den Saldo einzudecken, vielmehr aus der Rechnung des Banco Aleman den Posten der Lissabon-Auszahlung herausgegriffen und diesen eingedeckt hat. Das erklärt sich aber daraus, daß nach den bestehenden Vorschriften die deutschen Banken ausländische Guthaben nicht zur Begleichung ausländischer Verbindlichkeiten verwenden dürfen, sondern zur Begleichung der Schulden die erforderliche Deckung in fremder Valuta an vorgeschriebener Stelle einkaufen müssen. Das Gericht sieht auf Grund der vorgelegten Urkunden für erwiesen an, daß die Klägerin im November 1917 die Eindeckung vorschriftsmäßig ausgeführt und den in Rechnung gestellten Betrag von 9983,30 ℳ tatsächlich aufgewendet hat.

Das für den Beklagten sehr ungünstige Ergebnis der Abwickelung des Geschäfts ist im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß zwischen der Auftragerteilung und der Eindeckung ungefähr zwei Jahre verstrichen sind, und daß in dieser Zeit der Kurs der Mark eine bedeutende Verschlechterung erlitten hat. Es fragt sich, ob nicht bei der langen Hinauszögerung der Eindeckung ein Verschulden der Klägerin mitgewirkt hat. Es liegt der Vorwurf gegen die Klägerin nahe, daß sie nicht so lange Zeit ungenutzt habe verstreichen lassen dürfen, und daß sie in der Zwischenzeit beim Banco Aleman nach der Erledigung des Geschäfts hätte anfragen sollen. Indessen erwies sich ein solcher Vorwurf als nicht begründet. Der Verkehr mit Spanien war äußerst beschränkt. Zu beachten ist, daß die Klägerin vom Banco Aleman bis zur Gegenwart nur die eine vorgelegte Abrechnung erhalten hat, und daß sie bis auf den heutigen Tag nur den Tag und Betrag ihrer Belastung mit der fraglichen Auszahlung kennt, nicht aber Anzeige darüber erhalten hat, wann in Lissabon die Auszahlung stattgefunden hat. Mitteilungen von und nach Spanien konnten nur auf besonderen Wegen erfolgen. Es handelte sich im vorliegenden Falle um ein Privatgeschäft von verhältnismäßig geringer finanzieller Bedeutung. Der drahtlose Verkehr mit Madrid war nur für wirklich dringende Fälle bestimmt, und zu einem solchen gehörte eine etwaige Rückfrage der Bank nicht. In der Unterlassung von Rückfragen durch die Klägerin ist nach Sachlage kein Verschulden zu finden. Wer in der Kriegszeit zur Bewirkung einer schwierigen Auszahlung im Auslande die Hilfe einer Bank in Anspruch nimmt, muß ihr erstatten, was sie sachgemäß aufgewendet hat, und muß den Schaden tragen, wenn infolge der außergewöhnlichen Verhältnisse der Kriegszeit diese Aufwendung ihrer Höhe nach alle Erwartungen überstiegen hat.

Urteil des OLG. zu Hamburg (7. Sen.) v. 26. Mai 1919. Dtsche. Bank w. Nord. Berg.-Ver. Bf. VII 10/19. Nö.

208. Der vom Gläubiger belangte Auftragsbürge ist zur Erhebung des dem Schuldner zustehenden Verjährungseinwandes verpflichtet.

BGB. §§ 768. 774. 670.

Die beklagte Firma G. verkaufte im September 1914 der Firma O. 14 Kisten chinesische Menschenhaare mit Rücktrittsrecht für die Käuferin, falls sich die zollfreie Einfuhr der Ware nicht ermöglichen lasse. Der Kläger gab am 3. Okt. 1914 der Generalzolldirektion die Erklärung ab, die Ware sei für die Heeresverwaltung bestimmt, er übernehme „die Haftung für die etwaigen Zollgefälle". Die zollfreie Einfuhr wurde sodann bewirkt.

Der Kläger bezahlte Ende Juli 1918 den auf der Ware ruhenden Zoll mit 655 *M* an die Generalzolldirektion und verlangte im Klagewege Erstattung dieser Summe von der Beklagten mit der Behauptung, die Firma habe ihn mit der Übernahme der Haftung für die zollfreie Einfuhr beauftragt. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Wenn man die klagbegründende Behauptung des Klägers als richtig unterstellt, so ist dem Kläger von der Beklagten der Auftrag zur Übernahme einer Bürgschaft für die Zahlung der streitigen Zollgefälle erteilt worden. Die Klage ist daher nach § 774 BGB. an sich ohne weiteres begründet. Der Beklagte hat jedoch Verjährung eingewendet, die nach § 15 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 ihm gegenüber in der Tat eingetreten ist. Daß der Gläubiger ihm gegenüber die Verjährung unterbrochen habe, hat Kläger nicht behaupten können. Eine Unterbrechung der Verjährung in Richtung auf den Bürgen, also den Kläger, die von diesem neuerdings behauptet worden ist, würde daher dem Kläger gegenüber dem Gläubiger den Verjährungseinwand nicht verwehrt haben. Nach § 768 BGB. ist der Bürge berechtigt, dem Gläubiger alle Einreden des Hauptschuldners entgegenzusetzen, also auch den Verjährungseinwand. Davon hat Kläger keinen Gebrauch gemacht, sondern Ende Juli 1918, also nach Eintritt der Verjährung, Zahlung geleistet. Damit ging nach § 774 BGB. die Forderung des Gläubigers auf den Kläger über. Folglich konnten nunmehr die Beklagten ihm, dem Bürgen, gegenüber den Verjährungseinwand erheben, es sei denn, daß sich aus dem Vertragverhältnis der Parteien ein anderes ergebe. Das ist nicht der Fall, weil der Kläger als Beauftragter nicht nur sein eigenes Interesse, sondern auch das des Auftraggebers bei Ausführung des Auftrags zu wahren hatte und daher wie in der Regel jeder Verwalter fremden Vormögens gehalten war, im Interesse des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber den Verjährungseinwand zu erheben. Durch Zahlung der verjährten Schuld hat Kläger eine Aufwendung gemacht, die er den Umständen nach nicht für erforderlich halten durfte (§ 670 BGB.). Er kann daher von der Beklagten Erstattung um so weniger beanspruchen, als diese ihm v o r der Zahlungsleistung erklärt hatte, daß sie sich auf die Verjährung zu berufen

willens sei. Von einer Bereicherung der Beklagten kann unter solchen Umständen keine Rede sein."

Urteil des OLG. zu Hamburg (3. Sen.) v. 24. Juni 1919. Reichsmilitärfiskus (Kl.) w. G. Bf. III. 484/18. B.

---

209. Der Bürge darf den Gläubiger nicht statt seiner auf zur Sicherheit abgetretene Forderungen verweisen.

BGB. § 772.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils:

„Weder einem selbstschuldnerischen noch auch einem gewöhnlichen Bürgen steht die Berufung darauf zu, daß der Gläubiger sich zunächst an ihm zu seiner Sicherung auch abgetretene Forderungen gegen dritte — hier die Mieter von K. — halten müsse. Nach § 772 Abs. 2 BGB. braucht der Gläubiger selbst von einem gewöhnlichen Bürgen sich nur dann an ihm für seine Forderungen haftende Pfandrechte verweisen zu lassen, wenn es sich um Pfandrechte an beweglichen Sachen handelt. Eine vorgängige Beitreibung ihm verpfändeter oder, was dem allerdings wohl gleichstehen dürfte, zur Sicherheit abgetretener Forderungen wird ihm ebensowenig zugemutet, wie der vorgängige Versuch einer Zwangsvollstreckung in ein ihm verpfändetes Gundstück. Deshalb ist es gleichgültig, ob Klägerin es unterlassen hat, die ihr abgetretenen Mieteforderungen in ihrem ganzen Umfange einzuziehen."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 27. Mai 1919. Grundst.-Verw.-Kasse v. 1914 w. H. W. S. u. Gen. Bf. VI. 417/18. Nö.

---

210. Ursächlicher Zusammenhang und Beweislast bei schadenstiftenden Ereignissen.

Vgl. 70, Nr. 151. m. N.
BGB. §§ 823. 836; ZPO. § 282.

Die Klägerin verlangte Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden war, daß sie durch den Einsturz einer vom Beklagten vor fünf Jahren aufgeführten, 2 m hohen Mauer verschüttet wurde. Das Ber.-Gericht wies die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Mauer fehlerhaft konstruiert war und bei ihrer Länge und Höhe stärker und mit eisernen Einlagen hätte versehen sein müssen. Es unterstellt ferner, daß die Anlage und die Verspannung der Pfeiler unrichtig gewesen seien, und die Pfeiler keine ausreichende Standfestigkeit besessen hätten; daß auch das aufgehende Mauerwerk keine feste Verbindung mit dem Betonfundament gehabt habe. Es verneint jedoch die Ersatzpflicht des Beklagten, weil die Ursache des Einsturzes von den Klägern nicht nachgewiesen, insbesondere nicht aufgeklärt sei, welcher Umstand

neben dem am Unfallstag herrschenden Wind zum Einsturz der Mauer mitgewirkt habe, hierüber auch, nachdem mittlerweile die Mauer erneuert worden, eine weitere Aufklärung ausgeschlossen sei.

Diese Erwägungen verletzen die Grundsätze über den ursächlichen Zusammenhang und die Beweislast. Hat eine Einrichtung Mängel, die nach dem natürlichen Verlauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens besonders geeignet sind, einen bestimmten schädlichen Erfolg zu begünstigen, und tritt dieser Erfolg ein, so ist, wenn keine andere Ursache des Schadens feststellbar ist, bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen, daß sie zu dem schädlichen Erfolg mindestens als eine der Ursachen beigetragen haben. Den Beweis des Gegenteils hat derjenige zu führen, der die Mängel vertreten muß. Die Kläger brauchen daher nicht mehr zu beweisen, als daß die Mauer Mängel von jener Art aufwies, und daß der Schaden eingetreten ist, nicht aber auch, daß er ohne die Mängel nicht entstanden sein würde. Denn nach aller Erfahrung stürzt eine vor wenig Jahren nach den Regeln der Baukunst dauerhaft aufgeführte Mauer nicht ein, wenn kein äußeres Ereignis sie zum Einsturz bringt. Dagegen ist eine fehlerhaft errichtete Mauer mit zu schwachen Pfeilern viel weniger imstande, den Einflüssen von Wind und Wetter nachhaltig zu widerstehen. Das Berufungsgericht stellt weder fest, daß der damals herrschende Wind von so orkanartiger Stärke war, um eine ordnungsmäßig erbaute Mauer umzuwerfen, noch daß sonst eine Ursache, die von dem Beklagten nicht zu vertreten ist, den Einsturz herbeigeführt hat, ebensowenig aber, daß die fehlerhafte Anlage der Mauer keine Ursache des Einsturzes war.

Hiernach fällt die Lücke in der Aufklärung nicht den Klägern zur Last, sondern dem gegenbeweispflichtigen Beklagten, der auch viel eher als die Kläger in der Lage war, sofort nach dem Unfall durch sachgemäße Untersuchung die Ursache des Unfalls zu erforschen und festzustellen."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 7. Juli 1919. K. w. H. (OLG. Stettin). VI. 91/19.

---

211. Mitwirkung menschlicher Tätigkeit bei der Loslösung des Gebäudeteiles schließt die Anwendbarkeit des § 836 BGB. nicht aus; Pflicht des Hauseigentümers zu Sicherungsmaßnahmen bei Dacharbeiten.

BGB. §§ 836. 823.

Der Kläger erlitt in B. beim Vorübergehen auf dem Bürgersteig vor dem Rathaus dadurch einen Unfall, daß ein von dem Dache des Rathauses herunterfallender Ziegelstein ihn auf den Kopf traf. Wegen des durch diese Verletzung ihm erwachsenen Schadens nahm Kläger die beklagte Stadtgemeinde in Anspruch. Er behauptete, daß das Dach schon seit langer Zeit schadhaft gewesen sei, ohne daß der Magistrat für Abstellung der Mängel gesorgt habe. Mit Beseitigung der Mängel habe er schließlich Anfang Januar

1918 den Dachdeckermeister K. und den Klempnermeister Ku. beauftragt. Bei Ausführung dieser Verrichtung, die vorgenommen sei, ohne daß die Straße bei dem Rathaus abgesperrt worden, sei der Ziegelstein heruntergefallen.

Das Landgericht erklärte den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab. Die Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Unrichtig wird von dem Ber.-Gericht angenommen, von einer Haftung der Beklagten aus § 836 könne keine Rede sein, weil das Herunterstürzen des Steines nicht durch Naturereignisse, sondern durch menschliche Tätigkeit veranlaßt sei. Zur Ablösung im Sinne des § 836 genügt es, wenn infolge mangelhafter Beschaffenheit des Gebäudeteiles, die auch durch Witterungseinflüsse herbeigeführt sein kann, der Zusammenhang mit dem Gebäude gelockert gewesen ist, mag auch letzten Endes die völlige Ablösung durch menschliche Tätigkeit (durch Anstoßen, Anlehnen, Auftreten usw.) bewirkt sein (Urteil des erkennenden Senats vom 24. April 1913 in JW. S. 868 Nr. 13). Es kommt deshalb darauf an, wie im vorliegenden Falle sich die Ablösung vollzogen hat. Ist bei den Besichtigungs- oder Ausbesserungsarbeiten der nur in lockerer Verbindung stehende Ziegelstein aus größerer oder geringerer Unvorsichtigkeit in Bewegung gesetzt worden und war die ungenügende Befestigung die Folge mangelhafter Unterhaltung, wie dies Kläger behauptet, indem er der Beklagten den Vorwurf macht, sie habe schon seit langer Zeit den schadhaften Zustand des Daches, durch das Regen und Schnee durchgedrungen sei, bestehen lassen, ohne die nötige Ausbesserung zu bewirken, so ist der Tatbestand des § 836 BGB. gegeben. Die ausdrückliche Anführung des § 836 in der Klageschrift war nicht erforderlich. Der Berufungsrichter hätte deshalb von diesem Gesichtspunkte aus es nicht unterlassen dürfen, an der Hand der angebotenen Beweise und nötigenfalls unter Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO.) eine Klarstellung des Sachverhalts herbeizuführen.

Die Haftung der Beklagten wird ferner von dem Kläger darauf gegründet, daß während der fraglichen Arbeiten, obschon die Gefahr bestand, daß Vorübergehende von herabfallenden Steinen getroffen wurden, für die Sicherung des Straßenverkehrs durch Absperrung oder Warnungszeichen nicht gesorgt war. Auch in dieser Hinsicht sind die Ausführungen des Vorderrichters nicht rechtsirrtumfrei. Das Oberlandesgericht meint, daß die Verpflichtung zu solchen Schutzmaßregeln der Ortspolizei obliege. Die Beklagte könne deshalb, wenn bei Handhabung der Ortspolizei ein Versehen begangen sei, hierfür nicht haftbar gemacht werden, da die Ortspolizei nicht von der beklagten Stadtgemeinde, sondern gemäß § 62 I 1 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 von dem Bürgermeister, gegen den die Klage nicht gerichtet sei, ausgeübt werde. Hierbei wird indes übersehen, daß die Verpflichtung, bei Bauarbeiten und Dachreparaturen Vorkehrungen zur Sicherung des Verkehrs zu treffen

— unbeschadet des Berufs der Ortspolizei, im öffentlichen Interesse einzuschreiten — den Hauseigentümer trifft (Urteile des Reichsgerichts vom 11. Okt. 1904 in JW. 1905 S. 20 Nr. 20 und vom 24. Sept. 1907 in JW. S. 673 Nr. 7, vgl. Komm. von RGR. Anm. 6d zu § 823 BGB.). Eine solche aus § 823 BGB. folgende Haftung kann übrigens auch dann gegeben sein, wenn zum Zweck der Feststellung der Dachschäden Hantierungen vorgenommen werden, die eine ähnliche Gefahr wie die Ausbesserungsarbeiten mit sich führen. Dieser Verantwortlichkeit kann sich der Hauseigentümer nicht allgemein, wie anscheinend der Berufungsrichter annimmt, dadurch entziehen, daß er die Ausführung der Arbeiten einem zuverlässigen Handwerker überträgt, von dem er erwartet, daß derselbe aus eigenem Entschlusse die üblichen Sicherungsmaßnahmen treffen wird. Es verbleibt ihm in gewissem Maß die Pflicht der Aufsicht und er hat nach Lage des Falles unter eigener Verantwortung sich darum zu bekümmern, daß die nötigen Sicherungsmaßnahmen zur Ausführung gelangen (Komm. von RGR. Anm. 6e zu § 823)."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. Juni 1919. M. w. Stadtgem. B. (OLG. Stettin). IV. 81/19.

---

212. Haftung des Vaters für die Prozeßkosten des Kindes trotz fehlenden Nutznießungsvermögens.

Vgl. oben Nr. 90 m. N.
BGB. §§ 1654. 1660. 1415. GKG. § 92.

Aus den Gründen des ein Armenrechtsgesuch des minderjährigen Klägers ablehnenden Beschlusses:

„Der Beschwerdeführer hat nur über sich selbst ein gemeinderätliches Zeugnis vorgelegt, wonach er selbst kein Vermögen besitze und deshalb zur Bestreitung der Prozeßkosten nicht imstande sei. Mit Recht hat ihm die Zivilkammer deshalb das Armenrecht verweigert, weil nicht nachgewiesen sei, daß sein Vater, dem die Nutznießung an seinem Vermögen zusteht, unvermögend ist.

Nach BGB. §§ 1654 Satz 3, 1660. 1415 gehören zu den vom Vater zu tragenden Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens die Kosten eines Rechtsstreites, der für das Kind geführt wird, sofern sich der Rechtsstreit nicht auf das freie Vermögen des Kindes bezieht, und ist der Vater dem Kinde gegenüber verpflichtet, die betreffenden Gerichts- und Anwaltskosten zu zahlen. Die erhobene Klage gründet sich auf fahrlässige Körperverletzung. Der Anspruch betrifft nicht das freie Vermögen des Beschwerdeführers, sondern das der Nutznießung des Vaters unterliegende Vermögen. Die Prozeßkosten gehören daher zu den Lasten, die der Vater als Nutznießer zu tragen hat und der

Beschwerdeführer muß, wenn er selbst sonst kein Vermögen besitzt, dartun, daß er sich die zum Rechtsstreit nötigen Mittel auch nicht vom Vater erholen kann.

Nun wird allerdings auch die Ansicht vertreten, daß der Vater bloß dann hafte, wenn ein der Nutznießung unterliegendes Vermögen vorhanden sei — vgl. Staudinger § 1654 Nr. III —, und es ist hier ohne weiteres anzunehmen, daß die eingeklagten Ansprüche einen greifbaren Vermögenswert für den Vater nicht haben. Diese Ansicht bezüglich der beschränkten Haftung des Vaters findet aber im Gesetze keine genügende Stütze. Ein Vermögen ist seinem Begriff und seiner Natur nach eine gewöhnlich in seiner Zusammensetzung wechselnde Masse. Die Masse kann durch Zufall überschuldet, durch Zuwachs plötzlich wieder zur Tilgung der Schulden fähig sein. Wenn die Haftung des Vaters hinsichtlich der Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens in der Höhe irgendwie hätte grundsätzlich beschränkt werden sollen, so hätte dies notwendig im Satz 1 des § 1654, der die Regelvorschrift enthält, einen Ausdruck finden müssen und zwar deutlich etwa dahin, daß der Vater nur in Höhe des Betrags der tatsächlich bezogenen oder ordnungsmäßig zu ziehenden Nutzungen die Lasten zu tragen habe. Es ist nicht selbstverständlich, daß die im Satz 1 enthaltene Vorschrift ein gegenwärtiges Kindsvermögen, das tatsächlich vorhanden ist, zur Voraussetzung habe. Die Lasten können sich auch auf früher einmal vorhandenes, jetzt verloren gegangenes Vermögen beziehen oder können bezüglich künftig zu erwartenden Vermögensanfalls ins Auge gefaßt sein. Eine ausdrückliche Einschränkung macht das Gesetz bei den Kosten eines Rechtsstreits nur in Satz 3 des § 1654, wonach nur die Kosten eines Rechtsstreits, der das freie Kindsvermögen betrifft, auszunehmen sind. — Daß die Kosten des Rechtsstreits nicht vom Bestand des Kindsvermögens abhängig sind, erhellt aus der Regelung der Haftung des Ehemanns beim gesetzlichen Güterstand, wo die Verhältnisse ähnlich liegen. Nach BGB. § 1387 Nr. 1 ist der Mann der Frau gegenüber zu tragen verpflichtet: ‚die Kosten eines Rechtsstreits, den die Frau führt, sofern nicht die Kosten dem Vorbehaltsgut zur Last fallen'. Aus Nr. 2 des § 1387, wonach der Ehemann bei einem gegen die Frau gerichteten Strafverfahren nur insoweit die Haftung hat, als die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist, ergibt sich, daß grundsätzlich und selbstverständlich auch beim gesetzlichen Güterstand die Haftung des Nutznießers nicht ein tatsächlich vorhandenes eingebrachtes Gut der Ehefrau voraussetzt. Eine Vergleichung der Vorschriften des Satzes 3 des § 1654 und des § 1387 zeigt weiterhin, daß der Gesetzgeber die Haftung des Vaters gegenüber der Haftung des Ehemanns erweitert und nicht eingeschränkt hat. Dieser Umstand, der eine Rechtfertigung in dem nach § 1662 BGB. zugelassenen Verzicht des Vaters auf die Nutznießung findet, deutet weiter darauf hin, daß die Haftung des Vaters auch dann besteht, wenn zufällig gerade kein greifbarer Aktivbestand im Kinds-

vermögen vorhanden ist. Schließlich darf nicht unerwähnt bleiben, daß nach den Vorarbeiten des Gesetzes

(vgl. 1. Entw. § 1297 Abs. 2, § 1531 Abs. 2, Mot. 4, 204. 788, Prot. 4, 179, 582.)

eine Vorschrift eingestellt war, dahingehend, daß der Ehemann bzw. Vater die Prozeßkosten nur insoweit zu tragen hat, als sie den Betrag der Nutzungen nicht übersteigen, die er aus dem Ehegut bzw. Kindsvermögen bezogen hat oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte ziehen können, welche Vorschrift zur Vermeidung von Unbilligkeiten in Fällen, wo ein Aktivvermögen nicht vorhanden ist, oder Nutzungen nicht abwirft oder verloren gegangen ist, vorgesehen war. Diese Vorschrift wurde unter anderem wegen der Schwierigkeit der Abrechnung wieder gestrichen. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt also die hier vertretene Ansicht, wonach der nutznießungsberechtigte Vater unbeschränkt für die Prozeßkosten haftet."

Beschluß des OLG. zu Stuttgart (2. Sen.) v. 3. Juli 1919. W. Nr. 96/19.

G—i.

---

213. Zu einem Vertrage, durch den die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt auf den Abkömmling des Angenommenen erstreckt werden, ist die Einwilligung auch der Mutter des Abkömmlings erforderlich.

BGB. §§ 1762, 1747.

Der Rentner A. v. L. nahm durch gerichtlich bestätigten notariellen Vertrag vom 11. März 1919 den Kaufmann Paul Ch. an Kindes Statt an. In einem Nachtragsvertrage, der am 25. Mai vor einem Notar zwischen dem Rentner A. v. L., dem Kaufmann Paul v. L.-Ch. und dessen vierzehnjährigem Sohne Werner mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen wurde, vereinbarten die genannten Personen, daß die Wirkungen dieser Annahme an Kindes Statt sich auch auf Werner Ch. als den Abkömmling des Angenommenen erstrecken sollen. Das Amtsgericht versagte die Bestätigung des Nachtragsvertrages, weil es die Erklärungen des Abkömmlings nicht für ausreichlich erachtete. Das Landgericht hob den Bescheid des Amtsgerichts auf, da die Erklärungen des Werner Ch. rechtsgenüglich seien, verlangte jedoch, daß noch die bisher fehlende Einwilligung der Mutter des Abkömmlings beizubringen sei. Die hiergegen erhobene weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Nach § 1762 BGB. erstrecken sich die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt auf einen zur Zeit der Annahme vorhandenen Abkömmling des Angenommenen nur, wenn der Vertrag auch mit dem Abkömmling geschlossen wird. Ob dies schon in dem ursprünglichen Annahmevertrage oder, wie im vorliegenden Fall, nachträglich durch einen besonderen Vertrag erfolgt, ist für seine Wirksamkeit gleichgültig (s. v. Staudinger (7./8.), Anm. 2 Abs. 4 zu

§ 1762 BGB. und die dort Zitierten). Über die Erfordernisse des Vertrages mit dem Abkömmling spricht sich das Gesetz zwar nicht ausdrücklich aus, aber indem es vorschreibt, daß „der Vertrag" d. h. der Annahmevertrag auch mit dem Abkömmling geschlossen werde, gibt es zu erkennen, daß die Voraussetzungen des Annahmevertrages auch bezüglich des Abkömmlings vorhanden sein müssen. Dies entspricht auch der durch die Erstreckung der Annahme geschaffenen Rechtslage. Wie der Angenommene tritt durch diese Erstreckung auch der Abkömmling in völlig neue familienrechtliche Beziehungen, er erwirbt, wenn auch nicht Kindesrechte, doch die Stellung eines ehelichen Enkels oder Urenkels zu dem Annehmenden. Die Wichtigkeit dieser Veränderung des Familienstandes gebietet, daß dieselben Schutzmaßregeln gegen Übereilung und Unüberlegtheit wie bei der Annahme an Kindes Statt so auch bei der Erstreckung ihrer Wirkung auf die Abkömmlinge angewendet werden. Wenn nun bei der Annahme an Kindes Statt nach § 1747 BGB. die Einwilligung der Eltern, also des Vaters und der Mutter, erfordert wird und die Zustimmung desjenigen Elternteils, welcher die elterliche Gewalt ausübt, nicht genügt, so muß auch das gleiche hinsichtlich der Erstreckung der Wirkungen der Annahme auf den Abkömmling gelten.

Es beruht auf Mißverständnis, wenn die Beschwerdeführer sich für ihre abweichende Meinung auf Planck berufen. Wenn Planck Anm. 2 zu § 1762 BGB. (und ebenso v. Staudinger Anm. 2 Abs. 3 daselbst) ausführt, daß der in der Geschäftsfähigkeit nur beschränkte (nicht geschäftsunfähige) Abkömmling den Vertrag, wie hier geschehen, selbst schließen muß und nur der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, so berührt diese Ausführung nur die Erfordernisse, denen der Abkömmling zu genügen hat. Die sonstigen Voraussetzungen für die Gültigkeit des Vertrages bestehen daneben fort. Die Einwilligung der Eltern nach § 1747 BGB. betrifft aber nicht die Erklärung des Anzunehmenden oder seines Abkömmlings und ihre Rechtswirksamkeit, sondern ist ein selbständiges Recht der Eltern, dessen Beachtung auch neben einer formgültigen und an sich wirksamen Erklärung des Anzunehmenden oder des Abkömmlings vorgeschrieben ist. Mit Recht fordert daher das Landgericht im vorliegenden Falle vor der Bestätigung des Nachtragsvertrages den Nachweis der Einwilligung der Mutter, deren Beziehungen zu ihrem Kinde durch dessen Eintritt in eine fremde Familie mindestens tatsächlich auf das tiefste berührt werden (Motive IV S. 964). Auf diesem Standpunkte steht auch das Schrifttum. Planck a. a. O. sagt: Für den Vertrag gelten die gleichen Vorschriften wie für den Annahmevertrag selbst. Planck und ebenso v. Staudinger (Anm. 2 Abs. 2 zu § 1762 BGB.) verlangen daher die Beobachtung der Formen des Annahmevertrags. Der Kommentar der RGRäte (II. Aufl. Anm. 2 zu § 1762) fordert auch für den Erstreckungsvertrag die Einhaltung sämtlicher Erfordernisse des Annahmevertrags. Opel und v. Blum, Familienrecht

Anm. 4 Abs. 2 zu § 1762 BGB. ziehen ausdrücklich die hiernach selbstverständliche Folgerung, daß auch die Zustimmung der Mutter erforderlich ist."

Beschluß des OLG. zu Rostock (Feriensenat) v. 4. Sept. 1919. 2b. S. A. 11.

K—n.

---

214. Ausgleichung zwischen Miterben bezüglich eines Schadenersatzanspruchs; § 426 Satz 1 BGB. enthält nur eine Hilfsregel; Anwendbarkeit der Grundsätze des § 254 BGB.*.

*Vgl. 67 Nr. 180 m. N.

BGB. §§ 2058. 426 Satz 1. 254.

Die Erben des verstorbenen Wilhelm L., zu denen die Klägerin und der Beklagte gehörten, verkauften ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück und verteilten den Erlös unter sich. Dabei wurden 6278 *M* von dem Anteile des Miterben Rudolf L. an den Beklagten ausbezahlt, um diesen wegen einer Darlehnsforderung an Rudolf L. zu befriedigen. Rudolf L. hatte seinen Anteil am Nachlaß an die Firma J. F. in Höhe von 7307,08 *M* rechtswirksam verpfändet. Die Firma J. F. erhob Klage gegen die Klägerin auf Schadenersatz wegen Nichtberücksichtigung ihres Pfandrechts am Erbteile des Rudolf L. bei der Teilung des Grundstückserlöses und erreichte die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 6278 *M*. Die Klägerin zahlte diese Summe an die Firma und verlangte im Klagewege deren Erstattung von dem Beklagten. Die Klage hatte Erfolg. Das Ber.-Gericht führte aus: Ein Ersatzanspruch der Klägerin könne nur aus der Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner gemäß § 426 BGB. hergeleitet werden. Bei Prüfung dieses Anspruchs sei davon auszugehen, daß jene Ausgleichungspflicht unter Beachtung der § 157, 242 und 254 BGB. zu beurteilen sei. Der vorwiegend Schuldige solle den Verlust auch entsprechend seiner Einwirkung auf den Schaden tragen und ebenso sprächen die Grundsätze der Billigkeit dafür, daß derjenige, der Vorteile aus einem gemeinsamen Verstoße gezogen habe, auch für die Folgen im Rahmen des erzielten Vorteils aufkommen müsse. Von diesem Standpunkt aus müsse der Beklagte für verpflichtet erachtet werden, der Klägerin gegenüber die ganze Gefahr des Vorgehens bei der Teilung des Erlöses zu tragen. Er sei es gewesen, der nicht nur die Auszahlung der an Rudolf fallenden 6278 *M* an sich veranlaßt, sondern auch allein den Vorteil davon gehabt habe, da er bares Geld statt der unsichereren Forderung gegen Rudolf erhalten habe. Dazu komme, daß die Miterben auf Grund eines vertragsähnlichen Verhältnisses verpflichtet seien, den Zustand herzustellen, der sich bei einer Zuziehung der Firma F. ergeben hätte, und daß dies nicht nur für ihr Verhältnis zu dieser Firma, sondern auch für ihre Beziehungen untereinander gelte. Bei einer solchen Zuziehung würde aber die Firma F. und nicht die Beklagte die 6278 *M* erhalten haben. Dies Ergebnis könne

jetzt nur dadurch hergestellt werden, daß der Beklagte der Klägerin die von ihr an F. gezahlten 6278 M erstatte. Aus diesen Gründen greife die hilfsweise Regelung des § 426 BGB., daß die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet seien, hier nicht Platz.

Die Revision wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Mit Recht hat das Berufungsgericht die Frage, ob der Beklagte der Klägerin ersatzpflichtig ist, an der Hand des § 426 BGB. geprüft. Die Grundsätze, von denen das Berufungsgericht dabei ausgeht, sind zutreffend. Sie entsprechen der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Danach stellt § 426 Satz 1 eine Hilfsregel dar, die nur Platz greift, wenn ein anderer Verteilungsmaßstab nicht gegeben ist. Ein solcher anderweiter Maßstab kann einmal aus dem Rechtsverhältnis, das der Gesamtschuld zugrunde liegt, entnommen werden, und es ist zulässig und geboten, bei der Ausgleichung die Grundsätze des § 254 BGB. entsprechend anzuwenden. Diese entsprechende Anwendung kann dazu führen, daß einem der gesamtschuldnerisch Verpflichteten im Verhältnis zu den übrigen der gesamte Schade auferlegt werden kann. Eine von der Regel des § 426 Satz 1 abweichende Regelung der Ausgleichungspflicht kann sich ferner aus einem besonderen zwischen den mehreren Ersatzverpflichteten bestehenden Rechtsverhältnis ergeben (vgl. RGEntsch. 75, 356; 84, 432; 91, 278; 92, 407; 93, 97; JW. 1912 S. 865[24], 13 S. 859[5], 14, 922[7], 15 S. 22[7], Warn. 1911 Nr. 394).

Das Berufungsgericht meint, auch die §§ 157, 242 BGB. seien hier heranzuziehen, weil die Miterben in einem vertragsähnlichen Verhältnisse ständen. Die Revision bekämpft diese Auffassung; es handele sich nicht um ein vertragähnliches Verhältnis, sondern um Erbengemeinschaft und Erbteilung. Ob die Ansicht des Berufungsgerichts insoweit zutreffend ist, kann hier dahingestellt bleiben. Denn die von ihm aufgestellten Grundsätze erweisen sich aus den oben angeführten Gründen als richtig.

Die Revision beanstandet weiter ohne Erfolg das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht auf Grund der vorstehend erörterten Sätze gelangt ist. Es handelte sich bei der Verteilung des Erlöses aus dem Verkauf des Hauses um eine Erbteilung. Bei dieser wurden allen Beteiligten, insbesondere der Klägerin und dem Beklagten, zunächst die ihnen davon kraft ihres Miterbrechts noch zustehenden Beträge zugeteilt. Der Beklagte erhielt außerdem aus dem auf Rudolf entfallenden Anteil 6278 M und zwar mindestens objektiv widerrechtlich. Der der Klägerin zukommende und ausgezahlte Betrag ist ihr nachträglich infolge der Verurteilung im Vorprozesse wieder entzogen. Müßte die Klägerin diesen Schaden im Verhältnis zu dem Beklagten allein oder auch nur nach Verhältnis ihrer Erbquote (vgl. RGEntsch. 93, 197) tragen, so würde sie einen Teil der Erbschaft einbüßen, während der Beklagte seinen vollen Erbteil erhielte und außerdem noch wegen seiner Forderung an Rudolf befriedigt würde. Es entspricht daher dem zwischen den Parteien bestehenden

Rechtsverhältnis der Erbengemeinschaft, wenn der Beklagte ihr den Betrag von 6278 ℳ erstattet. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der für das Verhältnis von F. zu den Parteien geltende Grundsatz, daß letztere verpflichtet seien, den Zustand herzustellen, wie er sich bei Zuziehung von F. gestaltet hätte, auch ohne weiteres auf das Verhältnis der Parteien untereinander Anwendung erleidet.

Wenn das Berufungsgericht bei der Abwägung auf die Zustimmung der Klägerin zur Auszahlung an den Beklagten keinen entscheidenden Wert legt, weil niemand, auch der Beklagte selbst nicht, an die Gültigkeit der Verpfändung geglaubt habe, so liegt das im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 254 BGB. und bedeutet nicht, wie die Revision meint, einen Rechtsverstoß. Richtig ist es, wenn die Revision geltend macht, daß der schließlich Ersatzpflichtige Rudolf L. sei, weil er dem Beklagten die 6278 ℳ geschuldet habe und durch die Überweisung an den Beklagten von seiner Schuld befreit sei. Aber dabei handelt es sich um Beziehungen zwischen dem Beklagten und Rudolf, und es steht mit den vom Reichsgericht für maßgebend erklärten Grundsätzen der Billigkeit im Einklang, wenn das Berufungsgericht der Klägerin nicht die Verpflichtung aufbürdet, dem Beklagten die 6278 ℳ zu belassen und ihrerseits Rückgriff gegen Rudolf zu nehmen, selbst wenn er jetzt nicht mehr, wie das Landgericht für die Zeit der Verpfändung festgestellt hatte, vermögenslos sein sollte."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 16. Juni 1919. L. w. G. (Kl.). (OLG. Düsseldorf.) IV. 65/19.

II. Verfahren.

215. Der armen Partei steht das Recht zu, im eigenen Namen die Prozeßkosten von der Gegenpartei beizutreiben.

Vgl. 70 Nr. 23 m. N.
ZPO. § 124.

„Die Frage, ob der armen Partei neben dem Anwalt ein Recht auf Beitreibung ihrer Gebühren und Auslagen zusteht, ist streitig (vgl. Gaupp-Stein zu § 124 ZPO. und die Entscheidungen in Anm. 23 daselbst). Während früher (vgl. SeuffA. 42 Nr. 156, 48 Nr. 211) vielfach die Ansicht vertreten wurde, daß durch die Bestimmung des § 124 ZPO. das Recht der armen Partei, den Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten in eigenem Namen geltend zu machen, ausgeschlossen wurde, ist neuerdings mit Recht die Ansicht als die herrschende zu bezeichnen (vgl. die Komm. zu § 124 insbes. Gaupp-Stein, Seuffert, ferner SeuffA. 70 Nr. 23, Rechtspr. d. OLG. 16 S. 297, 17 S. 315, 29 S. 64), daß der armen Partei dieser Anspruch neben dem des Anwalts zusteht. Sollte durch § 124 der Partei dieser Anspruch auf Kostenerstattung

bzw. der Gebühren und Auslagen des Armenanwalts abgesprochen werden, so hätte dies im Gesetz klar zum Ausdruck kommen müssen. Das ist nicht geschehen. Im Gegenteil wird im § 124 der Anspruch der Partei nicht erwähnt und nur dem Armenanwalt eine Berechtigung gegeben, seine Gebühren und Auslagen selbständig beizutreiben. Auf Abs. 2 des § 124 kann sich die gegnerische Partei sicherlich nicht in einem Fall wie dem gegenwärtigen stützen, wo der Anwalt selbst den Anspruch der Partei geltend macht. Denn dann wird der Gegner niemals in die Lage kommen, zweimal die gleichen Kosten begleichen zu müssen. Es würde dann eben dem Zahlungsverlangen des Anwalts keine Einrede aus der Person der armen Partei, sondern aus seiner eigenen Zustimmung zu der Auskehrung der Forderung an die Partei entgegengesetzt werden."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 23. Sept. 1919. A. L. w. A. C. L. Bs VI 86/19. Nö.

---

216. Der Armenanwalt hat kein Beschwerderecht gegen den seinen Antrag auf Entziehung des Armenrechts ablehnenden Beschluß.

ZPO. § 127. 567.

Der Klägerin war vom Landgericht das Armenrecht bewilligt und der Rechtsanwalt Dr. R. beigeordnet worden. Der Rechtsstreit wurde dahin verglichen, daß der Beklagte sich verpflichtete, der Klägerin 500 *M* in monatlichen Raten von 15 *M* zu bezahlen. Der Rechtsanwalt Dr. R. beantragte, der Klägerin das Armenrecht zu entziehen. Diesen Antrag wies das Landgericht zurück. Der Anwalt legte Beschwerde ein mit dem Antrage,

> der Klägerin das Armenrecht insoweit zu entziehen, daß der Rechtsanwalt der Klägerin wegen seiner Gebühren und Auslagen aus dem Anspruch der Klägerin aus dem gerichtlichen Vergleiche sich befriedigen darf.

Die Beschwerde blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen:

„Die Beschwerde ist unzulässig. Nach § 127 ZPO. findet gegen den Beschluß, durch den das Armenrecht bewilligt wird, kein Rechtsmittel statt; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet dagegen die Beschwerde statt. Die Vorschrift des § 127 ZPO. ist demnach von dem Gedanken beherrscht, daß nur die der armen Partei ungünstige Entscheidung mit der Beschwerde angefochten werden kann. Der der bedürftigen Partei beigeordnete Rechtsanwalt hat daher weder ein Beschwerderecht gegen die Bewilligung des Armenrechts noch gegen die Ablehnung der Entziehung des Armenrechts (vgl. JW. 1900, 129fg), noch auch gegen die Ablehnung des Nachzahlungsbeschlusses (RGEntsch. 20, 417, vgl. Rspr. OLG. 11, 182). Hiernach ist die Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 20. Sept. 1919. E. Th. w. B. S. Bs VI 74/19. Nö.

---

217. Kein Recht des Angestellten zur Verweigerung des Zeugnisses über die Höhe des Vermögens und der jährlichen Einnahmen des Geschäftsherrn.

Vgl. 56 Nr. 188, 66 Nr. 21; 69 Nr. 204.
ZPO. § 383 Ziff. 5, 384 Ziff. 3.

„Der Beschwerdeführer ist Prokurist des Beklagten. Er sollte als Zeuge darüber vernommen werden, daß das Vermögen des Beklagten, seines Geschäftsherrn, sich alles in allem auf mindestens 3/4 bis 1 Million ℳ belaufe und seine jährlichen Einnahmen sich dementsprechend zwischen 50 bis 100000 ℳ bewegten. Der Beschwerdeführer begründet seine Zeugnisverweigerung damit, daß er durch dieselbe Geschäftsgeheimnisse preisgeben würde. Er habe die Kenntnis von den Vermögensverhältnissen des Beklagten durch die Geschäftsbücher erlangt, die geheim zu bleiben hätten. Der Standpunkt des Zeugen läßt sich zunächst aus § 383[5] ZPO. nicht rechtfertigen, da die kaufmännischen Angestellten nicht zu den in § 383[5] ZPO. genannten Personen gehören (Gaupp-Stein zu § 383 ZPO. III Nr. 3; RGEntsch. 53, 41).

Aber auch die Vorschrift des § 384[3] ZPO. gibt dem Beschwerdeführer nicht das Recht, sein Zeugnis über die ihm bekannten Vermögensverhältnisse des Beklagten zu verweigern. Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzugeben, daß das zu schützende Kunst- oder Gewerbegeheimnis nicht nur in der Person des Zeugen selbst vorzuliegen braucht. Es genügt auch, wenn ein solches Geheimnis seines Arbeitgebers in Frage kommt, dem gegenüber er zur Wahrung dieses Geheimnisses kraft seines Arbeitsverhältnisses verpflichtet ist (Gaupp-Stein zu § 384 ZPO. Nr. I letzter Absatz). Allein es kann nicht anerkannt werden, daß die Größe des Vermögens eines Kaufmanns oder sonstigen Gewerbetreibenden ein nach § 384[3] ZPO. zu schützendes Kunst- oder Gewerbegeheimnis darstelle. Das Reichsgericht legt in Bd. 53 S. 43 die Vorschrift des § 384[3] ZPO. dahin aus, daß es sich um solche Geheimnisse bei der Ausübung einer Kunst oder bei dem Betriebe eines Gewerbes handeln müsse, an deren Geheimhaltung ihrer Natur nach derjenige, der die Kunst ausübe oder das Gewerbe betreibe, ein den Umständen nach erkennbares Interesse habe. Hierzu gehören insbesondere Fabrikations- und Produktionsgeheimnisse, ferner Quellen und Adressen kaufmännischer Auskünfte, Bezugsquellen oder Einkaufspreise der Waren u. dgl., überhaupt alle diejenigen dem betr. Gewerbetreibenden zur Verfügung stehenden besonderen und persönlichen Beziehungen, welche auf den wirtschaftlichen Erfolg seines Gewerbebetriebes von förderndem Einfluß sein können. Zu diesen Gewerbegeheimnissen, die den Schutz des § 384[3] ZPO. genießen, gehört der Umfang des einem Gewerbetreibenden zur Verfügung stehenden Vermögens nicht. Zur Offenbarung des Vermögens besteht sogar unter Umständen eine gesetzliche Pflicht, allerdings nicht

für den Einzelkaufmann als Gewerbetreibenden, wohl aber bei der größten Mehrzahl der gewerbetreibenden Gesellschaften."

Beschl. des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 27. Sept. 1919. H. Sch. w. A. Sch. Bs VI 65/19. Nö.

---

218. Zurücknahme und demnächstige erneute Einlegung der Berufung.

ZPO. §§ 514. 515. 346.

Das Landgericht hatte die Ehe der Parteien auf die Widerklage des Mannes geschieden und die Herstellungsklage der Frau abgewiesen. Das Urteil wurde der Klägerin am 22. Nov. 1918 zugestellt. In ihrem Namen legte der Justizrat J. am 13. Dez. 1918 Berufung ein, nahm sie aber durch einen dem Gegenanwalt zugestellten Schriftsatz vom 14. Dez. 1918 zurück. Am 21. Dez. 1918 legte Rechtsanwalt A. für die Klägerin erneut Berufung ein. Die Klägerin behauptete, sie habe mit der Zurücknahme der ersten Berufung nicht auf dieses Rechtsmittel verzichten wollen. Sie habe beabsichtigt, einen anderen Anwalt zu bestellen und aus Unerfahrenheit geglaubt, dieses Ziel nur durch Zurücknahme der von Justizrat J. eingelegten Berufung erreichen zu können. Durch Urteil des OLG. vom 24. Jan. 1919 wurde die Klägerin auf Antrag des Beklagten im Hinblick auf die Zurücknahme der ersten Berufung gemäß § 515 Abs. 3 ZPO. der Berufung für verlustig erklärt und durch Urteil vom 31. Jan. 1919 die zweite Berufung als unzulässig verworfen. Die gegen das letzte Urteil eingelegte Revision hatte Erfolg. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die Frage, welche Wirkung die Zurücknahme der Berufung nach § 515 ZPO. hat, ist in Literatur und Rechtsprechung streitig. Der Wortlaut des § 515 läßt verschiedene Auslegungen zu. Wenn es dort heißt, die Zurücknahme der Berufung habe den Verlust des Rechtsmittels zur Folge, so kann man darunter den Verlust des Rechtsmittels überhaupt, also des Rechts auf die Berufung, verstehen, aber auch lediglich den Verlust des eingelegten Rechtsmittels dergestalt, daß eine Wiederholung innerhalb laufender Frist zulässig bleibt. Das Berufungsgericht hat sich der ersteren Auffassung angeschlossen und es will eine Ausnahme nur für den Fall zulassen, daß die zurückgenommene Berufung nicht rechtswirksam eingelegt war. Da in dieser Beiziehung hier keine Bedenken bestehen, hat das Berufungsgericht die zweite Berufung als unzulässig verworfen. Das Berufungsgericht glaubt sich mit seiner Ansicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu befinden. Das trifft aber nicht zu. Die von ihm angeführten Entscheidungen RGEntsch. 38, 426; 61, 420 befassen sich überhaupt nicht mit der hier zur Entscheidung stehenden Frage, und die Entscheidung RGEntsch. 9, 424 steht auf einem von dem des Berufungsgerichts abweichenden Standpunkte. Es handelt sich in dieser Entscheidung zwar nicht um die Zurücknahme der Berufung

sondern des Einspruchs. Aber für dessen Zurücknahme gelten nach § 346 ZPO. dieselben Vorschriften, wie für die Zurücknahme der Berufung (§ 515). In dem damals zur Entscheidung stehenden Falle hatte die Beklagte die Rechtswirksamkeit des vom Kläger eingelegten Einspruchs beanstandet. Der Kläger hatte darauf den Einspruch zurückgenommen, aber dabei erklärt, daß er sich die Einlegung eines neuen Einspruchs vorbehalte. Er hat dann auch innerhalb der Frist den Einspruch wiederholt, und das Reichsgericht hat diesen Einspruch für zulässig erklärt. Zur Begründung ist ausgeführt: Als eine Zurücknahme im Sinne der §§ 311 (346 n. F.) und 476 (515 n. F.) könne nur eine Erklärung aufgefaßt werden, welche einen Verzicht auf das Rechtsmittel bzw. den Einspruch enthalte. Im vorliegenden Falle sei es dagegen offensichtlich, daß es dem Kläger durchaus fern gelegen habe, einen solchen Verzicht zu erklären, daß er vielmehr lediglich beabsichtigt habe, es in Betreff der von der Beklagten gegen den Einspruch erhobenen formellen Bedenken nicht auf die Entscheidung des Gerichts ankommen zu lassen. Die zur Begründung des § 476 ZPO. in den Motiven gemachte Bemerkung, es sei kein Bedürfnis, ein den Gegner wie die Gerichte belästigendes Schwanken zuzulassen, diene eher zur Bestätigung als zur Widerlegung der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung, da jene Bemerkung offenbar eine Erklärung voraussetze, in welcher der Entschluß, auf das Rechtsmittel selbst zu verzichten, enthalten sei. Nur ein solcher Entschluß, wenn er einmal erklärt sei, solle rechtswirksam nicht widerrufen werden können. Im vorliegenden Falle, wo weder bei dem Gerichte noch bei dem Gegner jemals ein Zweifel darüber habe entstehen können, daß der Kläger den Einspruch gegen das Versäumnisurteil nicht habe aufgeben wollen, könne von einem als unzulässig bezeichneten „Schwanken" nicht die Rede sein. In der Entscheidung wird also eine auf die eingelegte Berufung beschränkte unter Vorbehalt der Erneuerung erklärte Zurücknahme unter der Voraussetzung für zulässig erklärt, daß die Beschränkung für das Gericht und den Gegner erkennbar hervortritt. — Anscheinend will jetzt das Berufungsgericht seine Auffassung, daß eine Zurücknahme der Berufung in diesem beschränkten Sinne nur in dem Falle zulässig sei, daß die zurückgenommene Berufung ungültig war, auf diese Entscheidung stützen. Sie findet darin aber keinen Anhalt. Denn das Reichsgericht hat auf die Frage, ob der vom Kläger eingelegte Einspruch, wie die Beklagte behauptete, wegen Formmangels unwirksam war, wie die Begründung ergibt, kein Gewicht gelegt. Es wäre auch ein Grund für eine solche Auffassung nicht ersichtlich, da es, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, der Zurücknahme einer unzulässigen Berufung zu dem Zwecke, um eine neue wirksame Berufung einlegen zu können, überhaupt nicht bedarf.

An den in der Entscheidung RGEntsch. 9, 423 ausgesprochenen Grundsätzen ist festzuhalten. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß sie mit den Motiven nicht vollständig vereinbar ist. Denn dort sind nicht nur die in jener

Entscheidung berücksichtigten Sätze enthalten, sondern es ist allgemein und ohne Einschränkung ausgesprochen, die Zurücknahme sei in ihrer Wirkung dem Verzichte gleichgestellt, so daß das Rechtsmittel auch innerhalb der Notfrist nicht wieder aufgenommen werden könne (Hahn, Materialien I S. 351). Allein dieser Wille des Gesetzgebers hat im Gesetze selbst keinen entsprechenden Ausdruck gefunden. Denn während der § 514 von dem Verzicht „auf das Recht der Berufung" spricht, sagt § 515 nur, daß die Zurücknahme „den Verlust des Rechtsmittels" zur Folge habe. Der Ausspruch der Motive kann bei dieser Sachlage entscheidende Bedeutung nicht beanspruchen.

Der Vorbehalt der Erneuerung des Rechtsmittels innerhalb der Frist braucht nun nicht, wie in dem RGEntsch. 9, 423 behandelten Falle, bei der Zurücknahme der eingelegten Berufung ausdrücklich erklärt zu werden. Es handelt sich um eine Prozeßerklärung, welche wie andere Willenserklärungen auslegungsfähig ist (JW. 1915, 147[12], RGEntsch. 86, 379/380). Es genügt also, wenn der Wille des Zurücknehmenden nach den begleitenden Umständen des Falles für den Gegner und das Gericht zweifelsfrei ersichtlich ist (vgl. Urteil des OLG. Hamburg v. 16. Nov. 1913, Hans. Ger.-Ztg. 1894 Beiblatt-S. 109).

Die Revision steht auf einem anderen Standpunkte. Sie vertritt die Auffassung, die Zurücknahme der Berufung schließe in keinem Falle die erneute Einlegung innerhalb der Notfrist aus. Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich schon, daß diese Ansicht nicht richtig ist. Die Revision beruft sich dafür auf die Analogie der Klagezurücknahme. So gut die zurückgenommene Klage innerhalb der Verjährungsfrist wiederholt werden könne, müsse es erlaubt sein, die zurückgenommene Berufung innerhalb der Berufungsfrist zu wiederholen. Die Revision übersieht dabei, daß der § 271 Abs. 3 und 4 ZPO. die Anstellung einer neuen Klage — im Gegensatz zu § 515 — ausdrücklich für zulässig erklärt. Überdies erscheint eine entsprechende Anwendung des § 271 auch um deswillen nicht angängig, weil die hier zugelassene Erhebung einer neuen Klage in einem neuen Prozesse nicht mit der Wiederholung eines Rechtsmittels im selben Rechtsstreit auf eine Stufe gestellt werden kann.

Unter den nach den vorstehenden Ausführungen maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht geprüft. Behufs Vornahme dieser Prüfung war daher das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Einer anderweiten Beurteilung steht, wie die Revision mit Recht hervorhebt, das Verlustigkeitsurteil des Berufungsgerichts vom 24. Jan. 1919 nicht im Wege. Denn wenn die Zurücknahme der Berufung nur die von der Klägerin behauptete beschränkte Bedeutung hatte, kann das Urteil sich auch nur auf die eingelegte erste Berufung beziehen."

Urteil des Reichsgerichts (4. Sen.) v. 3. Juli 1919. J. w. J. (OLG. Braunschweig). IV. 88/1919. Auch in Entsch. 96 Nr. 50 S. 186.

219. Über Zuständigkeit und Verfahren für Vollstreckung und Aufschub der nach § 890 ZPO. festgesetzten Haftstrafen.

Vgl. oben Nr. 98.

ZPO. § 890.

„Es ist zweifelhaft, ob die auf Grund des § 890 ZPO. festgesetzte Haftstrafe ausschließlich als Sühne für begangenes Unrecht anzusehen ist, wie die Kriminalstrafe, oder ob sie sich — wenigstens gleichzeitig — als zivilprozessuales Zwangsmittel darstellt.

Bei Zugrundelegung der ersteren Annahme würde sich die Zuständigkeit und das Verfahren für Vollstreckung, Strafaufschub und Begnadigung nach den für Kriminalsachen bestehenden Vorschriften richten (so Falkmann, Zw.-Vollstreckung S. 957[21], vgl. auch Neumiller, Vorbemerkung zu §§ 904ff. ZPO. mit Bemerkung zu § 380 Abs. I ZPO.).

Werden aber diese Vorschriften auf die gemäß § 890 ZPO. festgesetzte Haft wegen ihres gemischten Charakters nicht für anwendbar erachtet, so fehlt es an unmittelbar anwendbaren Vorschriften über Vollstreckung, Aufschub und Begnadigung; denn die Vorschriften der §§ 904ff. ZPO. sind, wie insbesondere ein Vergleich des § 890 Abs. I Satz 2 mit § 913 ZPO. ergibt, auf die gemäß § 890 ZPO. festgesetzte Haftstrafe jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar. In der bayerischen Gefängnispraxis wird die gemäß § 890 ZPO. festgesetzte Haft — im Gegensatz zu den gemäß §§ 380, 390 Abs. I ZPO. gegen Zeugen festgesetzten Strafen — als Zivilhaft behandelt (vgl. Degen und Klimmer, Strafvollstreckung, Bemerkung 1b zu § 4 der Hausordnung für Gerichtsgefängnisse, woselbst „§ 890" statt „§ 899" zu lesen ist). Dem Charakter der gemäß § 890 ZPO. festgesetzten Strafen als Rechtsstrafen wird — entsprechend der gemeinen Meinung — dadurch Rechnung getragen, daß sie von Amtswegen vollstreckt werden, ihrem Charakter als zivilprozessuales Zwangsmittel dadurch, daß der Auftrag zum Vollzug nicht durch den Staatsanwalt, sondern durch das Prozeßgericht erteilt wird.

Bei Zugrundelegung dieser Praxis kann das Prozeßgericht als das mit der Vollstreckung befaßte Gericht auch als zuständig zur Verbescheidung eines Strafaufschubgesuchs erachtet werden. Gegen einen ablehnenden Beschluß steht dem Verurteilten wohl die einfache Beschwerde gemäß § 567 Abs. I ZPO. zu. Die eingelegte Beschwerde wäre hiernach zulässig. Aber auch, wenn man das Prozeßgericht als Vollstreckungsgericht im Sinne der Zivilprozeßordnung und ein Gesuch um Aufschub der Vollstreckung als Antrag betreffend die Art und Weise der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 766 ZPO. erachten würde, wäre die Beschwerde als sofortige Beschwerde gemäß § 793 ZPO. formell nicht zu beanstanden.

Materiell ist die Beschwerde unbegründet. Die als Grund für das Aufschubgesuch angeführte Heuernte ist beendet. Die weiter angeführten Gründe widersprechen dem durch Zurücknahme der Berufung rechtskräftig gewordenen

Urteil vom 15. Mai 1919. Es geht selbstverständlich nicht an, dieses Urteil im Strafaufschubverfahren durch gemeindeamtliche oder armenrätliche Bestätigungen zu entkräften."

Beschluß des OLG. zu München (Feriensenat) v. 16. Aug. 1919. A. w. A. wegen einstw. Verfügung Beschw.-Reg. 254/1919. F—z.

---

220. Für die bayerischen Amtsgerichte als Grundbuchämter besteht keine Rechtspflicht, dem von einem außerbayerischen Grundbuchamt gestellten Ersuchen um Rechtshilfe zu entsprechen.

Vgl. oben Nr. 199.

FGG. § 2; bayer. AusfGes. z. Grundbuchordnung Art. 8; GVG. § 160.

Das Amtsgericht Ch. in Sachsen (Grundbuchamt) hat das Amtsgericht München (Grundbuchamt) um Einvernehmen eines Hypothekgläubigers bezüglich des Antrags auf Löschung einer Verpfändung ersucht. Das Ersuchen wurde abgelehnt, worauf das Grundbuchamt Ch. die Akten unter Berufung auf § 2 des Ges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und § 160 G.Verf.Ges. dem Oberlandesgerichte München „zur Entschließung" vorlegte. Das OLG. lehnte eine Entscheidung ab. Aus den Gründen:

„Nach § 2 a. a. O. besteht die Rechtshilfepflicht zwischen den Gerichten nur in den durch § 1 des Gesetzes gezogenen Grenzen, nämlich nur in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind. Hierunter fallen nicht die Grundbuchangelegenheiten, weil sie reichsrechtlich nicht den Gerichten, sondern den Grundbuchämtern übertragen worden sind. Eine Ausnahme macht nur § 72 der Grundbuchordnung bezüglich der Beschwerde in Grundbuchsachen. Da es sich im vorliegenden Falle um eine solche nicht handelt, mangelt dem Oberlandesgericht München die Zuständigkeit zur Erlassung der beantragten Entschließung aus § 160 G.VerfGes.

Vielmehr ist, da sich, wie ausgeführt, der § 2 FGG. nicht auf Grundbuchsachen bezieht und Art. 8 des bayerischen Ausf.Ges. zur Grundbuchordnung nur die Rechtshilfe der bayerischen Grundbuchämter unter sich regelt, eine Rechtspflicht zur Erledigung von Rechtshilfeersuchen außerbayerischer Grundbuchämter für die bayerischen Amtsgerichte als Grundbuchämter weder reichs- noch landesgesetzlich festgesetzt. Es kann deshalb die Ablehnung des Rechtshilfeersuchens eines außerbayerischen Grundbuchamts seitens des bayerischen nur im Wege der Dienstaufsicht behoben werden, weshalb das vorliegende Ersuchen des Amtsgerichts Ch. dem Präsidenten des Landgerichts München I zu übermitteln ist."

Beschluß des OLG. zu München (Feriensenat) v. 22. Aug. 1919. Beschw.-Reg. 271/1919. F—z.

I. Bürgerliches Recht.

221. Klage auf Zurücknahme und auf Unterlassung nachteiliger Behauptungen*; beleidigende Absicht schließt die Wahrnehmung berechtigter Interessen aus; Zulässigkeit der Unterlassungsklage neben der Privatklage.

*Vgl. 71 Nr. 164; 69 Nr. 240 m. N.
BGB. §§ 824. 826. StGB. § 193.

Der Beklagte veröffentlichte im August 1914 in der von ihm geleiteten Zeitschrift „Mitteilungen des Verbandes der Ledertreibriemen-Fabrikanten Deutschlands" einen von ihm verfaßten Artikel mit der Überschrift „Kriegswucher", worin der Klägerin zur Last gelegt wird, daß sie versucht habe, bei Kriegsbeginn ihre Lieferungsverpflichtungen auf 40% herabzudrücken, um dann ihr Lager in neuen Verträgen zu höheren Preisen verwerten zu können. Nach Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien nahm der Beklagte in einer Erklärung vom 26. Januar 1915 in der Zeitschrift seine frühere Behauptung zurück. Im Jahre 1916 nahm aber der Beklagte die früheren Vorwürfe gegen die Klägerin in einem Schreiben an den neugegründeten Verband gegen Warenschwindel und Wucher wieder auf, der daraufhin die Klägerin zur Äußerung aufforderte mit der Mitteilung, daß beantragt sei, die Klägerin in dem später erscheinenden „Adreßbuch der Kriegswucherei" an den Pranger zu stellen; ein solcher Antrag war von dem Beklagten bei dem Verbande gestellt worden. Die Klägerin erhob gegen den Beklagten sowohl Privatklage wegen Beleidigung als auch Zivilklage auf Zurücknahme seiner Vorwürfe durch ein an die Klägerin wie an den genannten Verband zu richtendes Schreiben. Die Klage wurde abgewiesen. Aus den Gründen des Rev.-Urteils:

„Die erhobene Klage stellt sich als Schadenersatzklage aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit §§ 185, 186 StGB. und § 824 BGB.), gerichtet auf die Wiederherstellung des verletzten Rechtsgutes der Ehre oder des Kredits und Fortkommens nach § 824 BGB. durch Zurücknahme der ehrverletzenden oder kreditgefährdenden Behauptungen dar. Der Abweisungsgrund des Landgerichts, daß ein solches Verlangen der Zurücknahme unstatthaft sei, weil es eine demütigende Strafe für den Beklagten enthalte (RGEntsch. 60, 12), hat das Berufungsgericht mit Recht abgelehnt; in RGEntsch. 88, 129 und Warneyer 1913 S. 449 ist die Zulässigkeit einer Klage auf Zurücknahme tatsächlicher ehrverletzender

Behauptungen als Wiederherstellung nach § 249 BGB. anerkannt; in der letztgenannten Entscheidung ist ausgeführt, daß die Klage auf Zurücknahme oft der einzige Schadenersatzanspruch sein möge, der erhoben werden könne.

Das Berufungsgericht scheidet die Anwendung des § 187 StGB. und des § 826 BGB. als Unterlagen des Klageanspruchs aus, da keine Anhaltspunkte dafür gegeben seien, daß der Beklagte nicht in gutem Glauben an die Richtigkeit seiner Behauptungen gehandelt habe.

Ohne Rechtsirrtum hat das Ber.-Gericht weiter dem Beklagten für seine von vornherein den Tatbestand des § 186 StGB. und § 824 BGB. erfüllenden tatsächlichen Aufstellungen den Schutz des § 193 StGB. und des § 824 Abs. 2 BGB. zugebilligt. Der Beklagte war im Jahre 1914 Leiter der Verbandszeitschrift des Verbandes der Ledertreibriemen-Fabrikanten Deutschlands, im Jahre 1916 Mitdirektor des neugegründeten Verbandes gegen Warenschwindel und Wucher, an den er jetzt seine Mitteilung richtete. Durch diese Vertretung gewerblicher und geschäftlicher Fachinteressen, die ihm oblag, ist das berechtigte Interesse an sich begründet (RGEntsch. 83, 362 und Urteil vom 12. Mai 1919 VI. 374/18). Dieser Schutz würde dem Beklagten aber nicht zukommen, wenn die Absicht der Beleidigung aus der Form oder aus den Umständen hervorgehen würde, unter denen die verletzende Äußerung getan wurde. Diese in § 193 StGB. getroffene Einschränkung des Rechtsschutzes ist in § 824 BGB. nicht ausgesprochen, gilt aber gleichwohl auch hier; denn eine nur in beleidigender Absicht verbreitete oder in der Form gehässige, den Betroffenen persönlich herabwürdigende Darstellung von Tatsachen verstößt gegen die guten Sitten (vgl. Jur. Woch. 1907 S. 333 Nr. 11). In der Behandlung dieses Punktes gibt das Urteil des Berufungsgerichts zu gewissen Bedenken Veranlassung. Das Berufungsgericht erachtet nicht für erwiesen, daß der Beklagte die Mitteilung an den Verband gegen Warenschwindel und Wucher „ausschließlich aus Ärger und Rachebedürfnis" gemacht habe; das könne auch aus seinem Briefe an die Klägerin vom 13. November 1916 „nicht mit unbedingter Sicherheit" geschlossen werden, dagegen spreche auch der Brief an W. Würde damitauch nur als möglich hingestellt sein, daß der Beklagte doch „ausschließlich" aus Rache gehandelt haben möge, dann würde die beleidigende Absicht, die die Wahrnehmung berechtigter Interessen ausschließt, gleichfalls als möglicher Fall gegeben sein. Indessen ist im Zusammenhange des Urteils des Berufungsgerichts der Satz offenbar dahin zu verstehen, daß der Beklagte zwar in dem berechtigten Interesse des Verbandes handelte, daß er aber dabei wohl ein gewisses Gefühl der Befriedigung gehabt haben möge, daß die Klägerin für ihr Verhalten gegen ihn aus Anlaß der Veröffentlichung des Jahres 1914 gestraft wurde. Das schließt das Handeln in Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht aus. Auch das Motiv der Rach-

sucht schaltet an sich den § 193 StGB. nicht aus (RGSt. 20, 164). Die Revision will in diesem Falle aber den § 826 BGB. durch das Berufungsurteil verletzt sehen, da der Beklagte dann doch mindestens den bedingten Schädigungsvorsatz (Dolus eventualis) gehabt habe. Aber auch für den Tatbestand des § 826 BGB. kommt der Beweggrund des Handelns zunächst nicht in Betracht, so ist in den Entscheidungen RG-Entsch. 71, 170 und 74, 230 ausgesprochen, daß, wo in berechtigtem Interesse gehandelt wurde, weder das sittenwidrige Motiv der Rachsucht noch das Bewußtsein der Schädigung den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllen könne; nur die rein feindselige Gesinnung, neben der die Wahrnehmung berechtigter Interessen keinen Raum mehr findet, die Absicht der Schädigung, begründet ohne weiteres die Anwendung des § 826 (RGEntsch. 74, 224; Warneyer 1910 Nr. 286; Jur. Wochenschr. 1911 S. 402 Nr. 15). So ist aber der gegenwärtige Fall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gelegen. Dafür, daß aus der Form der Äußerungen des Beklagten die Absicht der Beleidigung hervorgehe, ist in diesen selbst kein Anhalt gegeben.

Das Berufungsgericht hat die Klägerin auf die vorbeugende Unterlassungsklage verwiesen, mit der sie durchzudringen vermöge, wenn sie den Beweis der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen führe (RGEntsch. 78, 256; 82, 59; 88, 130; 91, 265 und 350; Seuff. Arch. Bd. 69, Nr. 105; Warneyer Rechtspr. 1914 Nr. 17; 1915 Nr. 20; 1918 Nr. 95). Die Revision meint, die Unterlassungsklage vermöge der Klägerin nicht zum Erfolge zu verhelfen, da nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die Möglichkeit der Rechtsverfolgung im Wege der Privatklage die Unterlassungsklage ausschließe. Das kann nicht für richtig erachtet werden; wenn die Klägerin für die Unterlassungsklage ein Rechtsschutzbedürfnis nachweist, wird die Unterlassungsklage auch neben der Privatklage zugelassen werden (vgl. RGEntsch. 77, 217; Jur. Woch. 1913 S. 34, Nr. 23; RGEntsch. 82, 59; 88, 130; 91, 265 und 350). Was aber die Ausschaltung des berechtigten Interesses nach § 193 StGB. oder nach § 824 Abs. 2 BGB. durch den Nachweis der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen durch den von deren Behauptung Betroffenen angeht, so kann es sich allerdings fragen, ob, was für die vorbeugende Unterlassungsklage gilt, nicht in ähnlicher Weise für die Klage auf Zurücknahme von beleidigenden oder kreditgefährdenden Behauptungen zu gelten habe. Zwar ist die erstere Klage auf die Verhinderung von Unrechtshandlungen in der Zukunft, die letztere dagegen auf Wiederherstellung des Rechts gegen widerrechtliche Handlungen der Vergangenheit gerichtet. Die Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen aber, die zur Zeit ihrer Aufstellung wegen des berechtigten Interesses des Behauptenden — oder nach § 824 BGB. auch des Empfängers der Mitteilung — nicht rechtswidrig war, kann nicht

nachträglich dadurch den Charakter der Rechtswidrigkeit erlangen, daß der Betroffene den Nachweis der Unwahrheit erbringt. Eine andere Frage ist es, ob, wenn der Beklagte an seiner Behauptung grundlos und beharrlich festhält, nachdem der Verletzte den Beweis der Unwahrheit der behaupteten Tatsache überzeugend geführt hat, von diesem Zeitpunkt ab auch hier von der Wahrnehmung berechtigter Interessen noch gesprochen werden kann. Die Klage auf Zurücknahme wäre dann zwar zur Zeit der Klageerhebung wegen der mangelnden Rechtswidrigkeit des Handelns des Beklagten unbegründet gewesen, sie hätte aber im Laufe des Rechtsstreits für die in die Gegenwart hinein fortgesetzte Aufstellung der verletzenden Behauptung Begründung gefunden und wäre am Schlusse der mündlichen Verhandlung und zur Zeit der Urteilsfällung insoweit begründet gewesen."

Urteil des Reichsgerichts (6. Sen.) v. 3. Juli 1919. W. w. G. (OLG. Frankfurt). VI. 105/19.

---

222. Untergang der Schlüsselgewalt bei Trennung der Eheleute im Scheidungsprozeß. Aufnahme von Darlehen durch die Frau bei der Fahrnisgemeinschaft.

Vgl. 56 Nr. 176.

BGB. §§ 1357, 1549, 1460, 1455.

Aus den Gründen des Ber.-Urteils: „Das Landgericht hat der Klägerin 544 M Lohn zugesprochen. Sie fordert 596 M. Die Differenz läuft darauf, daß die Klägerin für die Zeit vom 1. April 1918 bis 1. August 1918 einen Monatslohn von 45 M beansprucht. während das Landgericht ihr ebenso wie für die frühere Zeit auch für diese Monate nur einen Lohn von 32 M monatlich zugebilligt hat. Die Lohnerhöhung von 32 M auf 45 M für die fraglichen 4 Monate hat nicht der Beklagte der Klägerin zugesagt, sondern angeblich am 1. April 1918 seine Ehefrau. Mit Recht hat aber das Landgericht ausgesprochen, daß diese von der Frau des Beklagten bewilligte Lohnerhöhung für ihn deswegen nicht verpflichtend ist, weil die Schlüsselgewalt der Ehefrau damals erloschen war. Zwar geht die Schlüsselgewalt der Frau nicht ohne weiteres unter, wenn die Eheleute sich trennen. Es kommt vielmehr darauf an, aus welchen Gründen die Trennung erfolgte (vergl. Komm. der RGR. § 1357 Anm. 8, Staudinger § 1357 Anm. 2 b, RG. Bd. 60 S. 15, Rechtsp. OLG. Bd. 21 S. 213). Wenn aber die Eheleute sich in heftiger Feindschaft trennen und einen erbitterten Ehescheidungsprozeß miteinander führen, so ergibt sich hieraus ohne weiteres, daß die Frau nicht mehr berechtigt ist, innerhalb des häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten (§ 1357 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Zweifellos gilt das gegenüber Dritten, die über

die Verhältnisse, die die Trennung der Eheleute veranlaßt haben, im allgemeinen unterrichtet sind. Da die Klägerin, als ihr Frau L. den höheren Lohn bewilligte, ganz genau über die ehelichen Zwistigkeiten der Eheleute L. unterrichtet war, kann sie daher die ihr von der Ehefrau zugesagte Lohnerhöhung nicht gegen den Beklagten geltend machen.

Auch zur Rückzahlung des angeblich der Frau L. von der Klägerin gegebenen Darlehens von 200 M ist Beklagter nicht verpflichtet. Die Eheleute L. leben in Fahrnisgemeinschaft. Nach § 1549 BGB. ist bei diesem Güterstand die Frage, ob der Mann auch für Verbindlichkeiten der Frau persönlich haftet, nach den Vorschriften zu entscheiden, die hierüber bei allgemeiner Gütergemeinschaft gelten. Für Darlehen, die die Frau ohne seine Zustimmung aufgenommen hat, haftet daher auch beim Güterstand der Fahrnisgemeinschaft der Mann nicht (§ 1450 BGB.). Da das Darlehen angeblich von der Frau L. für die Ausbildung der Tochter der Eheleute L. verwendet sein soll, könnte sich vielleicht noch fragen, ob das Gesamtgut der Fahrnisgemeinschaft etwa auf Grund § 1455 BGB. für die Rückzahlung des Darlehens haftet, weil das Gesamtgut durch das ohne Zustimmung des Mannes von der Frau aufgenommene Darlehen als bereichert anzusehen wäre. Aber da das Geld von Frau L. verbraucht ist, liegt eine Bereicherung des Gesamt-guts nicht mehr vor (§ 818 Abs. 3 BGB.). Auch ist nicht hinreichend dargetan, daß ohne das von der Klägerin gegebene Darlehen eine Gesamtgutsverpflichtung sonst nicht befriedigt worden wäre."

Urteil des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 5. Juli 1919. K. R. w. A. L. IV Bf. I/19. Nö.

II. Verfahren.

223. Dem Pfleger steht kein selbständiges Beschwerderecht gegen die Aufhebung der Pflegschaft zu.

FGG. § 20, 57.

Durch Beschluß der Vormundschaftsbehörde war die Pflegschaft für die Arbeiter und Beamten der N.-H. Gummiwaren-Compagnie, welche zwecks Wahrnehmung ihrer Interessen an dem Nachlasse der verstorbenen Witwe M. C. Sch. angeordnet war, aufgehoben worden. Die gegen diesen Aufhebungsbeschluß von dem ehemaligen Pfleger erhobene Beschwerde war vom Landgericht als unzulässig verworfen worden. Das Landgericht verneinte ein Beschwerderecht des Pflegers. Die weitere Beschwerde des Pflegers wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen:

„Für die Frage der Legitimation des Beschwerdeführers zur Erhebung der Beschwerde kommen die §§ 20, 57 FGG. in Frage. Der § 20 FGG. gibt

ein Beschwerderecht jedem, dessen Recht durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt wird. Der speziell für Vormundschaftssachen geltende § 57 FGG. bestimmt, daß in Fällen der Aufhebung einer Pflegschaft das Beschwerderecht gegen die die Aufhebung der Pflegschaft aufhebende Verfügung jedem zusteht, der ein rechtliches Interesse an der Änderung der Verfügung hat.

Mit Recht hat das Landgericht dem Beschwerdeführer, welcher Pfleger zur Wahrnehmung von vermögensrechtlichen Interessen seiner Pfleglinge an dem Nachlasse der Witwe Sch. war, das Beschwerderecht aus §§ 20, 57 FGG. abgesprochen. In Übereinstimmung mit den zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Beschlusses kann dem Beschwerdeführer nicht zugegeben werden, daß ein ihm zustehendes eigenes Recht durch die angefochtene Verfügung beeinträchtigt wird, noch, daß er ein rechtliches Interesse an der Änderung der Verfügung hat. Inbesondere können die Stellung des Beschwerdeführers als Vorsitzender des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft in Firma N.-H. Gummiwaren-Compagnie und seine sonstigen Beziehungen zu dieser Gesellschaft nicht, wie der Beschwerdeführer meint, seine Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde begründen. Die Interessen der Gesellschaft fallen keineswegs mit den Vermögensinteressen der Arbeiter und Beamten zusammen, zu deren Wahrung die Pflegschaft eingerichtet ist. Danach gibt die Stellung des Beschwerdeführers zur Gesellschaft selbst dem Beschwerdeführer kein eigenes Recht zur Beschwerde.

Im einzelnen wird wegen der fehlenden Berechtigung des Pflegers zur Beschwerde verwiesen auf die Ausführungen von Schlegelberger Anm. 13 zu § 20 und Anm. 9 zum § 57 FGG., Wellstein zu §§ 20, 57 FGG., ferner auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 9. Mai 1910 im Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Johow und Ring Bd. 40 Nr. 8. Das Gericht schließt sich der Auffassung des Kammergerichts in der letztgenannten Entscheidung an."

Beschluß des OLG. zu Hamburg (6. Sen.) v. 24. Juni 1919. D. A.-F. zur Pflegschaftssache für die Arbeiter der New York-Hamb. Gummiw.-Comp. Bs. Z. VI 103/18. Nö.

Register

über

den 19. Band der dritten Folge (der ganzen Reihe 74. Band) des Archivs für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

(Die Zahlen bedeuten den Platz in der Aufeinanderfolge, die Nummer.)

Erster Teil.

Bürgerliches Recht.

I. Die allgemeinen Lehren.

1. Die Rechtsregeln.

A. Gesetzliches Recht.

Pfandrechtliche Sicherung eines Lehnsstamms nach Sächs. Recht ohne Eintragung im Grundbuch; Fortbestand des dinglichen Rechts nach dem 1. 1. 1900? 53.

B. Hergebrachtes Recht.

Inhalt der vom Verkäufer übernommenen Versendungspflicht. 2.

Auch bei Nichtkaufleuten ist Bezahlung einer Ware in Kenntnis eines Mangels als Genehmigung des Mangels aufzufassen. 24.

Bedeutung und Anwendungsgebiet der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten". 27. 28.

C. Wirksamkeit des Rechts.

a) Zeitliche.

Einfluß der Festsetzung von Höchstpreisen auf laufende Verträge? 118.

b) Örtliche.

Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bei Wohnsitz des Verkäufers im Auslande; Untersuchungspflicht des Empfängers einer nach dem Auslande gerichteten Wertsendung. 1.

Art. 17. Die Konsulargerichtsbezirke sind Inland i. S. des Art. 17 Abs. 4 EGBGB. 45.

Art. 17. Art. 17 Abs. 2 EGBGB. erfordert, daß die als Scheidungsgrund verwertete Tatsache unter den gegebenen Verhältnissen nach ausländischem Rechte die Scheidung rechtfertigt. 178.

Art. 17. Ehebruch als Scheidungsgrund nach österreichischem Recht. 178.

2. Personen.

A. Natürliche (BGB. §§ 1—20).

B. Juristische Personen (§§ 21—89).

3. Sachen (§§ 90—103).

4. Rechtsgeschäfte.

A. Geschäftsfähigkeit (§§ 104—115).

B. Willenserklärung (§§ 116—144).

Zahlungsverbot kraft einstw. Verfügung an den Schuldner der vom Veräußerungsverbote betroffenen Forderung. 21.

§ 137. Wirksamkeit der letztwilligen Anordnung, daß der Testamentsvollstrecker bei Pfändung des dem Vorerben zustehenden Reinertrags am Erbteil befugt sein soll, statt der Auszahlung Naturalverpflegung des Vorerben eintreten zu lassen. 101.

§ 138. Die Nichtigkeit eines sog. Knebelungsvertrags setzt keine Absicht der Benachteiligung des wirtschaftlich schwächeren Teils voraus. 122. — Nichtigkeit der Abtretung einer Grundschuld zur Sicherung von Ansprüchen, die im Bordellbetrieb entstanden sind. 200. — Einfluß der Festsetzung von Höchstpreisen auf laufende Verträge? 118. — Keine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung, daß der Rückstand nur einer Pachtzinsrate die sofortige Kündigung rechtfertigen soll. 206. — Ausbedingung eines übermäßigen Gewinns für Hingabe eines Darlehns zu gewinnbringenden Geschäften während der Kriegsteuerung verstößt gegen die guten Sitten. 123. — Beim außergerichtlichen Vergleich ist die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers und deren Geheimhaltung nicht unbedingt nichtig. 158. — Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn durch Erbvertrag der vorher als Vertragserbe eingesetzte verschuldete Sohn auf den Zinsgenuß bis zu 1500 *M* jährlich beschränkt und der Erbteil den Enkeln zugewendet wird. 55.

§ 139. Mehrere zwischen verschiedenen Personen getätigte Rechtsgeschäfte können ein zusammengesetztes einheitliches Rechtsgeschäft bilden, bei dem der Rücktritt nur einheitlich von dem ganzen Geschäft erfolgen kann. 26. — Verbindung einer gültigen mit einer nichtigen Abrede, deren Nichtigkeit den Vertragteilen bewußt ist; Nichtanwendbarkeit des § 139 BGB. 201.

§ 140. Unwirksamkeit des Vertrags, durch den der Pflichtteilberechtigte in Unkenntnis von dem Tode des Erblassers dessen mit der Sachlage bekannten Testamentserben gegenüber auf den Pflichtteil verzichtet; keine Konversion. 47.

C. Vertrag (§§ 145—157).

§ 145. Zur Bedeutung und Auslegung der Klausel „freibleibend". 81.

§ 146. 147. Erlöschen des Vertragsangebots mangels rechtzeitiger Annahme; zur Annahme genügt nicht ein rein innerer Vorgang. 124. — Verspätete Annahme eines Vertragsangebots; Frist. 159.

§ 151. Bloßes Stillschweigen auf einen Vergleichsvorschlag ist regelmäßig nicht als Zustimmungserklärung aufzufassen. 124.

§ 154. Ist ein Grundstücksvertrag bindend abgeschlossen, wenn in ihm noch die Einigung über Auszugsleistungen an den Verkäufer vorbehalten ist? Umfang des Formzwangs 23.

§ 155. Unwirksamkeit des Vertrags, durch den der Pflichtteilberechtigte in Unkenntnis von dem Tode des Erblassers dessen mit der Sachlage bekannten Testamentserben gegenüber auf den Pflichtteil verzichtet. 47.

§ 157. Unterschied zwischen Verkehrssitte und allgemeiner Auffassung gewisser Fachkreise; Unverbindlichkeit der letzteren. 160. — Allgemeine Bedingungen bestimmter Berufsgenossen als Vertragsinhalt. 161. — Richterliche Vertragsergänzung. 170. — Bedeutung und Anwendungsgebiet der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten". 27. — Bedeutung der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten" im Binnenhandelsverkehr. 28. — Zur Bedeutung und Auslegung der Klausel „freibleibend". 81. — Vereinbarung des Rechts zu sofortiger Kündigung für den Fall, daß der Pächter mit nur einer Pachtzinsrate im Rückstande ist. 206. — Rechtzeitigkeit der Mängelrüge eines Nichtkaufmanns; Schweigen auf einen Bestätigungsbrief mit Reklamationsfristbestimmung. 109.

D. Bedingung (§§ 158—162).

§ 158. Bedingte Einwilligung des Beamten in seine Versetzung. 203. — Zulässigkeit der bedingten Kündigung eines Mietvertrags. 4.

E. Vertretung. Vollmacht (§§ 164—181).

§ 167. Vollmachterteilung durch Duldung der Vertretung. 82.

§ 168. Verzicht auf Widerruf der Parzellierungsvollmacht. 105.

§ 170. 171. Vollmachterteilung durch Duldung der Vertretung; Erforderlichkeit der Bekanntmachung des Widerrufs. 82.

§ 179. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß. 164.

§ 181. Erfordernis der Bestellung je eines besonderen gesetzlichen Vertreters für mehrere an einem Erbauseinandersetzungsvertrage beteiligten minderjährigen Miterben. 63.

F. Einwilligung. Genehmigung (§§ 182—185).

§ 182. An eine Genehmigung durch schlüssige Handlungen sind strenge Anforderungen zu stellen, wenn vorher dem Rechtsgeschäft ausdrücklich widersprochen war. 125.

§ 182². Wirksamkeit der Abtretung einer dem Eigentümer zustehenden Höchstbetragshypothek seitens des Gläubigers zufolge Genehmigung. 162.

§ 185¹. Wirksamkeit der Abtretung einer dem Eigentümer zustehenden Höchstbetragshypothek seitens des Gläubigers zufolge Genehmigung. 162.

5. Verjährung (§§ 194—225).

§ 209. Unrichtige Klagezustellung genügt nicht zur Wahrung einer Ausschlußfrist. 76.

II. Recht der Schuldverhältnisse.

1. Inhalt der Schuldverhältnisse (§§ 241—292).

§ 242. Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bei Wohnsitz des Verkäufers im Auslande; Umfang der Untersuchungspflicht des Empfängers einer nach dem Auslande gerichteten Wertsendung. 1. — Unverbindlichkeit der allgemeinen Auffassung gewisser Fachkreise für außerhalb Stehende; Unterschied von Verkehrssitte. 160. — Allgemeine Bedingungen bestimmter Berufsgenossen als Vertragsinhalt. 161. — Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß? 163. 164. — Rechtzeitigkeit der Mängelrüge eines Nichtkaufmanns; Schweigen auf einen Bestätigungsbrief mit Reklamationsfristbestimmung. 109. — Auch bei Nichtkaufleuten ist Bezahlung einer Ware in Kenntnis eines Mangels als Genehmigung des Mangels aufzufassen, es sei denn, daß nach den Umständen ein solcher Schluß unbegründet. 24. — Befreiung von der Leistungspflicht durch eine Änderung der Verhältnisse, durch die die Leistung einen anderen wirtschaftlichen Inhalt erhalten würde. 64.

§ 243. Begriff des Spezieskaufs. 163.

§ 254. Anwendbarkeit der Grundsätze des § 254 BGB. auf die Ausgleichung zwischen Miterben. 214.

§ 260. Die in Gütertrennung lebende Frau ist regelmäßig nicht verpflichtet, dem Manne Auskunft über ihr Vermögen und ihr Einkommen zu erteilen. 88.

§ 269. Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bei Wohnsitz des Verkäufers im Auslande; Umfang der Untersuchungspflicht des Empfängers einer nach dem Auslande gerichteten Wertsendung. 1. — Die Kenntnis des Verkäufers von der Absicht des Käufers, die Ware sofort an einen Abkäufer weiterzusenden, begründet keine Änderung des Untersuchungsorts. 74.

§ 270. Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bei Wohnsitz des Verkäufers im Auslande; Umfang der Untersuchungspflicht des Empfängers einer nach dem Auslande gerichteten Wertsendung. 1.

§ 273. Kein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf eine unmögliche Leistung. 83.. — Aufrechnung mit einer Forderung, die mit einem Zurückbehaltungsrechte behaftet ist, bei Annahmeverzug des Klägers. 84. — Bildet die Zulässigkeit einer Feststellungsklage



einen fälligen Anspruch, wegen dessen das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann? 73. — Kann die Kommanditgesellschaft die Zahlung der Dividende davon abhängig machen, daß der Kommanditist die Bilanz anerkennt? 73.

§ 274². Aufrechnung mit einer Forderung, die mit einem Zurückbehaltungsrechte behaftet ist, bei Annahmeverzug des Klägers. 84.

§ 275. Einfluß der langen Dauer des Krieges auf einen für dessen Dauer geschlossenen Seefrachtvertrag 126. — Unmöglichkeit der Leistung beim unregelmäßigen Werklieferungsvertrage. 104. — Führt nach Vertrag die Nichtzahlung einer Rate die Fälligkeit der ganzen Schuld herbei, so hat der Schuldner für unverschuldeten Mangel an Zahlungsmitteln nicht einzustehen. 127. — Übergang von der konkreten Schadenberechnung zur abstrakten; Zeitpunkt für die Berechnung des abstrakten Schadens, insbesondere wenn es sich um einen Spezieskauf handelt. 65.

§ 276. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragschluß. 164. — Keine Haftung des Käufers für culpa in contrahendo. 163. — Haftung des Verkäufers beim Distanzkauf für den Schaden, der durch unrichtige Adressierung des Gutes oder Unterlassung einer nachträglichen Verfügung gem. § 73 III Eis.B.O. entsteht. 131. — Ein Mangel der Ware, der nach dem Gefahrübergang auf den Käufer infolge mangelhafter Verladung entstanden ist, berechtigt den Käufer nicht zur Ablehnung der Annahme, sondern nur zur Aufrechnung seines Schadens gegen den Kaufpreis. 3.

§ 278. Inhalt der vom Verkäufer übernommenen Versendungspflicht; keine Haftung für Verschulden des Spediteurs; Verpflichtung zur Abtretung des Anspruchs gegen den Spediteur. 2.

§ 279. Übergang von der konkreten Schadenberechnung zur abstrakten; Zeitpunkt für die Berechnung des abstrakten Schadens bei einem Spezieskauf. 65. — Wenn die Nichtzahlung einer Rate die Fälligkeit der ganzen Schuld herbeiführen soll, so hat der Schuldner für unverschuldeten Mangel an Zahlungsmitteln nicht einzustehen. 127.

§ 281. Ersatzanspruch bei Unmöglichkeit der Leistung. 165.

§ 285. Wenn die Nichtzahlung einer Rate die Fälligkeit der ganzen Schuld herbeiführen soll, so hat der Schuldner für unverschuldeten Mangel an Zahlungsmitteln nicht einzustehen. 127.

§ 286. Können unter dem Gesichtspunkte des Verzugsschadens höhere als die gesetzlichen Zinsen verlangt werden? 202.

§ 287. Erfüllungsweigerung setzt den Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit nicht in Verzug. 102.

§ 288. Können unter dem Gesichtspunkte des Verzugschadens höhere als die gesetzlichen Zinsen verlangt werden? 202.

§ 291. Können unter dem Gesichtspunkte des Verzugschadens höhere als die gesetzlichen Zinsen verlangt werden? 202.

2. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

A. Begründung und Inhalt der Verträge (§§ 305—319).

§ 306. Vertrag auf eine unmögliche Leistung. 163.

§ 307. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragschluß. 164.

§ 308. Befreiung von der Leistungspflicht durch eine Änderung der Verhältnisse, durch die die Leistung einen anderen wirtschaftlichen Inhalt erhalten würde. 64.

§ 309. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragschluß. 164.

§ 312. Unwirksamkeit des Vertrags, durch den der Pflichtteilberechtigte in Unkenntnis von dem bereits eingetretenen Tode des Erblassers dessen mit der Sachlage bekannten Testamentserben gegenüber auf den Pflichtteil verzichtet. 47.

B. Aufrechnung (§§ 387—396).

§ 387. Aufrechnung mit einer Forderung, die mit einem Zurückbehaltungsrechte behaftet ist, bei Annahmeverzug des Klägers. 84.

§ 390. Aufrechnung mit einer Forderung, die mit einem Zurückbehaltungsrechte behaftet ist, bei Annahmeverzug des Klägers. 84.

C. Erlaß (§ 397).

§ 397. Unwirksamkeit des Vertrags, durch den der Pflichtteilberechtigte in Unkenntnis von dem bereits eingetretenen Tode des Erblassers dessen mit der Sachlage bekannten Testamentserben gegenüber auf den Pflichtteil verzichtet. 47. — Leibrentenvertrag oder Vertrag betreffs allmählicher Tilgung einer Darlehnsschuld? 5.

4. Übertragung der Forderung (§§ 398—413).

§ 398. Der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften und übergebenen Sache kann den Anspruch auf Übereignung selbständig abtreten. 130. — Schenkung eines Sparkassenguthabens. 136.

§ 401. Der Gläubiger behält die Rechte aus einem Gewährleistungsvertrage, wenn er die garantierte Forderung einem Dritten zur Sicherheit abtritt. 129.

5. Schuldübernahme (§§ 414—419).

§ 418. Gesetzliche Pfandrechte erlöschen nicht infolge Schuldübernahme. 205.

6. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern (§§ 420—432).

§ 426[1]. § 426 Satz 1 BGB. enthält nur eine Hilfsregel; Ausgleichung zwischen Miterben; Anwendbarkeit der Grundsätze des § 254 BGB. 214.

§ 427. Gesamtschuldnerische Haftung der Parteien für die den Schiedsrichtern zustehende Vergütung; Art der Berechnung. 77.

7. Einzelne Schuldverhältnisse.

A. Kauf (§§ 433—514).

a) Allgemeine Vorschriften (§§ 433—458).

§ 433. Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bei Wohnsitz des Verkäufers im Auslande; Umfang der Untersuchungspflicht des Empfängers einer nach dem Auslande gerichteten Wertsendung. 1. — Befreiung des Verkäufers von der Übergabepflicht durch eine von ihm erwirkte Pfändung und Versteigerung der noch bei ihm lagernden Kaufsache. 198. — Der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften und übergebenen Sache kann den Anspruch auf Übereignung selbständig abtreten; unmittelbarer Eigentumserwerb des neuen Gläubigers vom Verkäufer. 130. — Keine Haftung des Käufers für culpa in contrahendo. 163. — Annahme der Erfüllung i. S. des § 341 Abs. 3 setzt Abnahme i. S. des § 433 Abs. 2 und die wenigstens stillschweigende Erklärung voraus, die übernommene Ware als die geschuldete Leistung gelten zu lassen. 25.

§ 437. 438. Der Gläubiger behält die Rechte aus einem Gewährleistungsvertrage, wenn er die garantierte Forderung einem Dritten zur Sicherheit abtritt. 129.

§ 447. Bedeutung und Anwendungsgebiet der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten". 27. — Bedeutung der Klausel „glückliche Ankunft vorbehalten" im Binnenhandelsverkehr. 28. — Haftung des Verkäufers beim Distanzkauf für den Schaden, der durch unrichtige Adressierung des Gutes oder Unterlassung einer nachträglichen Verfügung gemäß § 73 III Eis.B.O. entsteht. 131. — Inhalt der vom Verkäufer übernommenen Versendungs-



pflicht; keine Haftung für Verschulden des Spediteurs; Verpflichtung zur Abtretung des Anspruchs gegen den Spediteur. 2.

§ 455. Der Käufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften und übergebenen Sache kann den Anspruch auf Übereignung selbständig abtreten; unmittelbarer Eigentumserwerb des neuen Gläubigers von dem Verkäufer. 130.

b) Gewährleistung wegen Mängeln der Sache (§§ 459—493).

§ 459. Ein Mangel der Ware, der nach dem Gefahrübergang auf den Käufer infolge mangelhafter Verladung entstanden ist, berechtigt den Käufer nicht zur Ablehnung der Annahme, sondern nur zur Aufrechnung seines Schadens gegen den Kaufpreis. 3.

§ 459. 460. Die Kenntnis von der Mangelhaftigkeit eines geringen Prozentsatzes der Ware schließt deren Beanstandung wegen Mangelhaftigkeit eines erheblich größeren Teils nicht aus. 167.

§ 463. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß. 164.

§ 477. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der aus § 480 Abs. 1 BGB. begründeten Verpflichtung zur Lieferung mangelfreier Gattungsware unterliegt der sechsmonatlichen Verjährung. 49.

§ 480. Der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung der aus § 480 Abs. 1 BGB. begründeten Verpflichtung zur Lieferung mangelfreier Gattungsware unterliegt der sechsmonatlichen Verjährung. 49.

c) Vorkauf (§§ 504—514).

§ 504. Die Einräumung der Vorhand für den Ankauf einer Ware bedeutet kein Vorkaufsrecht. 159.

§ 510. S. bei § 504.

B. Schenkung (§§ 516—534).

§ 516. Versprechen der Ausstattung als Abgeltung für die Lasten der Ehe ist kein Schenkungsversprechen. 69. — Entgeltlicher Vertrag über eine von dem Bräutigam der Braut für die Aufgabe ihrer festen Lebensstellung zu gewährende Entschädigung. 166. — Lebensversicherung zugunsten eines Dritten. Eingehung eines Versicherungsvertrags keine Schenkung i. S. des § 2325 BGB.; Aufwendung der Prämien als Schenkung. 12.

§ 518. Schenkung eines Sparkassenguthabens. 136.

C. Miete und Pacht (§§ 535—597).

§ 535. Mehrere Vermieter können die Vertragsrechte nur gemeinsam ausüben. 132.

§ 536. Schadenersatzanspruch des Pächters wegen unterlassener Wiederinstandsetzung der durch Brand beschädigten Pachtsachen. 29. — Vorzeitige Abreise des Mieters wegen behördlicher Aufenthaltsbeschränkung stellt einen persönlichen Hinderungsgrund nach § 552 BGB. dar. 169.

§ 537. Unmöglichkeit der Ausnutzung eines Pachtgrundstücks infolge behördlicher Maßnahmen. 168.

§ 550. Der Vermieter kann Schadenersatzansprüche wegen vertragwidrigen Gebrauchs der Mietsache erst nach Ablauf des Mietvertrags geltend machen. 103.

§ 552. Vorzeitige Abreise des Mieters wegen behördlicher Aufenthaltsbeschränkung stellt einen persönlichen Hinderungsgrund nach § 552 BGB. dar. 169.

§ 553. Persönliche Feindschaft zwischen Pächter und Verpächter als Grund fristloser Kündigung des Pachtvertrags. 85.

§ 554. Vereinbarung des Rechts zu sofortiger Kündigung für den Fall, daß der Pächter mit nur einer Pachtzinsrate im Rückstande ist. 206. — Persönliche Feindschaft zwischen Pächter und Verpächter als Grund fristloser Kündigung des Pachtvertrags. 85.



D. Darlehn (§§ 607—610).

E. Dienstvertrag (§§ 611—630).

F. Werkvertrag (§§ 631—651).

G. Mäklervertrag (§§ 652—656).

H. Auftrag (§§ 662—676).

§ 675. Auftrag zu einer Auszahlung im Auslande; Ersatzpflicht hinsichtlich ungewöhnlich hoher Aufwendungen; Zeitpunkt der Eindeckung der beauftragten Bank. 207.

J. Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677—687).

§ 677. Kein Ersatzanspruch des Staates wegen gewährter Familienunterstützung gegen unterhaltpflichtige Verwandte des Unterstützten. 66.

K. Verwahrung (§§ 688—700).

§ 694. Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß. 164.

L. Gesellschaft (§§ 705—740).

§ 705. Die Annahme eines Gesellschaftsvertrags erfordert die Feststellung eines dem § 705 BGB. entsprechenden Vertraginhalts. 134. — Parzellierungsvertrag; Werkvertrag oder Gesellschaftsvertrag? 105.

§ 723. Zeitweiser Ausschluß der Kündigung bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaftsvertrage. 134.

§ 730 Abs. 2. Die zwischen den ehemaligen Gesellschaftern nach § 730 II BGB. bestehenden Beziehungen sind ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256 ZPO. 39.

M. Gemeinschaft (§§ 741—758).

§ 741. 744. Mehrere Vermieter können die Vertragsrechte nur gemeinsam ausüben. 132.

§ 750. Darf ein Miterbe die Zwangsversteigerung eines zur ungeteilten Nachlaßmasse gehörenden Grundstücks betreiben? Recht auf Teilauseinandersetzung? 70.

§ 756. Zur Auslegung des § 756 BGB.; kein Anspruch des Gläubigers auf Zuweisung eines Naturalteils. 173.

N. Leibrente (§§ 759—761).

§ 761. Leibrentenvertrag oder Vertrag betreffs allmählicher Tilgung einer Darlehnsschuld? 5.

O. Spiel und Wette (§§ 762—764).

§ 764. Kassageschäfte können Spielgeschäfte sein. 86.

P. Bürgschaft (§§ 765—778).

§ 768. Der vom Gläubiger belangte Auftragsbürge ist zur Erhebung des dem Schuldner zustehenden Verjährungseinwandes verpflichtet. 208.

§ 772². Der Bürge darf den Gläubiger nicht auf zur Sicherheit abgetretene Forderungen verweisen. 209.

§ 774. Der vom Gläubiger belangte Auftragsbürge ist zur Erhebung des dem Schuldner zustehenden Verjährungseinwandes verpflichtet. 208.

Q. Vergleich (§ 779).

§ 779. Beschränkte Wirksamkeit des über die Höhe der gesetzlichen Unterhaltsrente geschlossenen Prozeßvergleichs. 106.

R. Scheckgesetz v. 11. März 1908.

Scheckges. 14. 17. Regreß auf Zahlung der Schecksumme aus einem nicht eingelösten Verrechnungsscheck. 135.

S. Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793—808).

§ 808. Anlegung eines Sparkassenguthabens auf fremden Namen. 136.

T. Ungerechtfertigte Bereicherung. (§§ 812—822).

§ 812. Kein Ersatzanspruch des Staates wegen gewährter Familienunterstützung gegen unterhaltpflichtige Verwandte des Unterstützten. 66.

§ 818 Abs. 4. Bereicherungsanspruch trotz Wegfalls der Bereicherung. 174.

§ 820. Bereicherungsanspruch trotz Wegfalls der Bereicherung. 174.

U. Versicherungsvertrag mit Ausnahme der Seeassekuranz.

a) Versicherungsvertragsgesetz v. 30. Mai 1908.

VVG. 12 I. Anwendung der Verjährungsvorschriften des Vers.V.G. auf Ansprüche aus alten Versicherungsverträgen. 67.

VVG. 52.. Versicherung gegen Einbruchdiebstahl; Begrenzung des Schadenersatzes bei Gegenständen, für die ein Höchstpreis besteht. 137.

Vers.VG. 53. Bei der Haftpflichtversicherung kommt der entgehende Gewinn insoweit in Betracht, als die Schadenersatzpflicht nach bürgerl. Recht diesen einschließt. 50.

VVG. 86. Versicherung gegen Einbruchdiebstahl; Begrenzung des Schadenersatzes bei Gegenständen, für die ein Höchstpreis besteht. 137.

VVG. 97 **ff.** Wann erfolgt die Zahlung der Brandentschädigung durch den Versicherer mit befreiender Wirkung gegenüber den Realgläubigern? 175.

Vers.VG. 149. Bei der Haftpflichtversicherung kommt der entgehende Gewinn insoweit in Betracht, als die Schadenersatzpflicht nach bürgerl. Recht diesen einschließt. 50.

b) Reichs-Versicherungsordnung v. 19. Juli 1911.

§ 166. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; Eingehung eines Versicherungsvertrags keine Schenkung i. S. des § 2325 BGB.; Aufwendung der Prämien als Schenkung. 12. — Die gesetzliche Lebensvermutung ersetzt nicht das im Versicherungsvertrage geforderte amtlich beglaubigte Lebensattest. 80.

§ 167. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; Eingehung eines Versicherungsvertrags keine Schenkung i. S. des § 2325 BGB.; Aufwendung der Prämien als Schenkung. 12.

V. Unerlaubte Handlungen.

a) BGB. (§§ 823—853).

§ 823. Ursächlicher Zusammenhang und Beweislast bei schadenstiftenden Ereignissen. 210. — Beeinträchtigung des Pfandrechts an Gewinnanteilen bei einer G. m. b. H.; Unterlassungsklage. 6. — Haftung der Eisenbahn, wenn durch Entzündung eines als Handgepäck mitgenommenen explosionsgefährlichen Stoffes Reisende verletzt werden? 51. — Pflicht des Hauseigentümers zu Sicherungsmaßnahmen bei Dacharbeiten. 211.

§ 824. Klage auf Zurücknahme und auf Unterlassung nachteiliger Behauptungen; beleidigende Absicht schließt die Wahrnehmung berechtigter Interessen aus; Zulässigkeit der Unterlassungsklage neben der Privatklage. 221.

§ 826. Beleidigende Absicht schließt die Wahrnehmung berechtigter Interessen bei Aufstellung nachteiliger Behauptungen aus. 221.

§ 829. Anwendbarkeit des § 829 BGB. auf den Fall des § 844; Verjährung des Anspruchs aus § 829 BGB. 87.

§ 831. Sorgfaltspflicht des Inhabers eines zahnärztlichen Instituts bei der Auswahl seiner Angestellten. 7. — Haftung der Eisenbahn, wenn durch Entzündung eines als Handgepäck mitgenommenen explosionsgefährlichen Stoffes Reisende verletzt werden? 51.

§ 833. Landbriefträger als Tierhalter des Postpferdes. 52.

§ 836. Ursächlicher Zusammenhang und Beweislast bei schadenstiftenden Ereignissen. 210. — Mitwirkung menschlicher Tätigkeit bei der Loslösung des Gebäudeteils schließt die



Anwendbarkeit des § 836 BGB. nicht aus; Pflicht des Hauseigentümers zu Sicherungsmaßnahmen bei Dacharbeiten. 211.

§ 840. Haftung für Kollisionsschaden bei mehr als zwei beteiligten Schiffen. 145.

§ 844. Anwendbarkeit des § 829 BGB. auf den Fall des § 844. 87.

§ 852. Verjährung des Anspruchs aus § 829 BGB. 87. — Beginn der Verjährung nach § 852 BGB.; Rechtskraftwirkung des die negative Feststellungsklage abweisenden Urteils. 8.

b) Reichshaftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871.

HpflG. 1. Haftung der Eisenbahn, wenn durch Entzündung eines als Handgepäck mitgenommenen explosionsgefährlichen Stoffes Reisende verletzt werden? Höhere Gewalt? 51.

c) Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. Mai 1909.

KFG. 7. Gesamtschuldnerische Haftung der Wagenhalter für den beim Zusammenstoß zweier Kraftwagen entstandenen Personenschaden. 68. — Erfordernisse des Entlastungsbeweises des Kraftfahrzeughalters. 68.

d) Anfechtungsgesetz v. 21. Juli 1879.

AnfG. 3[1,2]. Beweislast bei der Anfechtung von Deckungsgeschäften. 176.

AG. 3[4]. Mittelbare Zuwendung als unentgeltliche Verfügung i. S. des § 3 Nr. 4 Anf.Ges.; eine Rückgewähr an den Schuldner zu dem Zwecke alsbaldiger anderweiter Verschiebung des betreffenden Betrags steht dem Anspruch aus § 7 Anf.Ges. nicht entgegen. 9.

§ 7. Mittelbare Zuwendung als unentgeltliche Verfügung i. S. des § 3 Nr. 4 Anf.Ges.; eine Rückgewähr an den Schuldner zu dem Zwecke alsbaldiger anderweiter Verschiebung des betreffenden Betrages steht dem Anspruch aus § 7 Anf.Ges. nicht entgegen. 9.

8. Verfügung der Staatsgewalt.

Strafprozeßordnung §§ 94. 98. Besitz- und Eigentumserwerb des Staates an beschlagnahmten und eingezogenen Sachen. 177.

Strafprozeßordnung § 324. Der Güterpfleger ist zur Annahme der dem Fahnenflüchtigen angefallenen Erbschaft nicht berechtigt. 181.

Wertzuwachs-StGes. § 9. Wer hat die Zuwachssteuer bei der stiftungsmäßig zugelassenen Veräußerung an zu einem Fideikommiß gehörigen Grundstücken zu tragen? 30.

Amnestieerlasse v. 22./11., 3./12., 16./12. 1918. Kein Erlaß der Strafen nach § 890 ZPO. durch Begnadigung. 98.

III. Sachenrecht.

1. Besitz (§§ 854—872).

§ 855. Besitz- und Eigentumserwerb des Staates an beschlagnahmten und eingezogenen Sachen. 177. — Der Schuldner hat an den gepfändeten, in seinem Gewahrsam belassenen Sachen unmittelbaren Besitz. 114.

§ 868. Besitz- und Eigentumserwerb des Staates an beschlagnahmten und eingezogenen Sachen. 177. — Der Schuldner hat an den gepfändeten, in seinem Gewahrsam belassenen Sachen unmittelbaren Besitz. 114.

2. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873—902).

§ 873. Schuldrechtliches Nutzungsrecht an einem Grundstück als Ausstattung. 69. — Nichtigkeit der Abtretung einer Grundschuld zur Sicherung von Ansprüchen, die im Bordellbetrieb entstanden sind. 200.

3. Eigentum. (§§ 903—1007).

4. Dienstbarkeiten (§§ 1018—1093).

5. Reallasten (§§ 1105—1112).

6. Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld (§§ 1113—1203).

7. Besondere deutschrechtliche Güterverhältnisse.

IV. Familienrecht.

1. Bürgerliche Ehe.

A. Verlöbnis (§§ 1297—1302).

§ 1297. Entgeltlicher Vertrag über eine von dem Bräutigam der Braut für die Aufgabe ihrer festen Lebensstellung zu gewährende Entschädigung. 166.

B. Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§ 1353—1362).

§ 1357. Untergang der Schlüsselgewalt bei Trennung der Eheleute im Scheidungsprozeß. 222.

§ 1360. Anspruch der Frau auf Zahlung einer Unterhaltsrente. 32.

§ 1369. Erblasser i. S. des § 1369 BGB. ist derjenige, der in zulässiger Weise über bestimmte Vermögensstücke letztwillig verfügt. 54.

C. Eheliches Güterrecht.

a) Gesetzliches Güterrecht (§§ 1363—1431).

§ 1426. Die in Gütertrennung lebende Frau ist regelmäßig nicht verpflichtet, dem Manne Auskunft über ihr Vermögen und ihr Einkommen zu erteilen. 88.

b) Vertragsmäßiges Güterrecht (§§ 1432—1563).

§ 1460. Aufnahme von Darlehen durch die in Gütergemeinschaft lebende Frau. 222.

§ 1478. Ist § 1478 BGB. auch dann anwendbar, wenn die Gütergemeinschaft bereits vor der Ehescheidung aufgehoben worden ist? Ist vertragsmäßiger Vorbehalt der Rechte aus § 1478 zulässig? 89.

§ 1549. Aufnahme von Darlehen durch die Frau bei der Fahrnisgemeinschaft. 222.

D. Scheidung der Ehe (§§ 1564—1587).

EG. 17. Abs. 4. Die Konsulargerichtsbezirke sind Inland i. S. des Art. 17 Abs. 4 EGBGB. 45.

§ 1565. Ehebruch als Scheidungsgrund nach österreichischem Recht. 178.

§ 1565 Abs. 2. Eine stillschweigend und allgemein erteilte Zustimmung zum Ehebruch schließt das Scheidungsrecht aus. 179.

§ 1568. Zum Begriff der „groben Mißhandlung" i. S. des § 1568 BGB. 33.

§ 1570. Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs als Verzeihung, auch wenn die Ehegatten über den Fortgang des Scheidungsprozesses einig waren. 180.

§ 1578/9. Dauernde oder zeitlich beschränkte Herabsetzung einer zuerkannten Rente wegen veränderter Umstände? Pflicht der geschiedenen Ehefrau zur Ausnutzung ihrer Arbeitskraft? 20.

2. Verwandtschaft.

A. Eheliche Abstammung (§§ 1591—1600).

§ 1594². Ein der Wahrheit entsprechendes Gerücht, das der Mann für wahr hält, genügt zur Inlaufsetzung der Anfechtungsfrist des § 1594 BGB. Abs. 2. 11.

B. Unterhaltspflicht (§§ 1601—1615).

§ 1602. Kein Ersatzanspruch des Staates wegen gewährter Familienunterstützung gegen unterhaltpflichtige Verwandte des Unterstützten. 66.

§ 1614. Beschränkte Wirksamkeit des über die Höhe der gesetzlichen Unterhaltsrente geschlossenen Prozeßvergleichs. 106.

C. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder (§§ 1616—1698).

§ 1624. Schuldrechtliches Nutzungsrecht an einem Grundstück als Ausstattung; Versprechen der Ausstattung als Abgeltung für die Lasten der Ehe ist kein Schenkungsversprechen. 69.

§ 1627. Keine Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Vaters. 138.

§ 1631. Keine Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Vaters. 138.

§ 1654. Kostenvorschußpflicht des Vaters in dem vom Kinde gegen ihn geführten Rechtsstreit. 90. — Haftung des Vaters für die Prozeßkosten des Kindes trotz fehlenden Nutznießungsvermögens. 212.

§ 1660. Haftung des Vaters für die Prozeßkosten des Kindes trotz fehlenden Nutznießungsvermögens. 212.

§ 1677. Tatsächliche Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Gewalt infolge Krankheit; Berücksichtigung im Prozeß. 40.

§ 1685. Tatsächliche Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Gewalt infolge Krankheit; Berücksichtigung im Prozeß. 40.

D. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder (§§ 1705—1718).

§ 1715. Kein Anspruch der Mutter des unehelichen Kindes auf eine Rente wegen ihrer zufolge der Entbindung eingetretenen Minderung der Erwerbsfähigkeit. 91.

E. Annahme an Kindesstatt (§§ 1741—1772).

§ 1747. Zu einem Vertrage, durch den die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt auf den Abkömmling des Angenommenen erstreckt werden, ist die Einwilligung auch der Mutter des Abkömmlings erforderlich. 213.

§ 1762. Zu einem Vertrage, durch den die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt auf den Abkömmling des Angenommenen erstreckt werden, ist die Einwilligung auch der Mutter des Abkömmlings erforderlich. 213.

3. Vormundschaft. (§§ 1773—1921).

§ 1909. Erfordernis der Bestellung je eines besonderen gesetzlichen Vertreters für mehrere an einem Erbauseinandersetzungsvertrage beteiligte minderjährige Miterben. 63. — Dem Pfleger steht kein selbständiges Beschwerderecht gegen die Aufhebung der Pflegschaft zu. 223

V. Erbrecht.

1. Rechtliche Stellung des Erben. (§§ 1942—2063).

A. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§§ 1942—1966).

§ 1942. 1943. Der Güterpfleger ist zur Annahme einer dem Fahnenflüchtigen angefallenen Erbschaft nicht berechtigt; der Verzicht auf den Erbteil zugunsten eines Miterben enthält die Annahme der Erbschaft. 181.

B. Erbschaftsanspruch (§§ 2018—2031).

§ 2018. Anwendungsgebiet des § 2140 BGB.; kann sich der Erbe des Vorerben auf § 2140 BGB. berufen? 71.

C. Mehrheit von Erben. (§§ 2032—2063).

§ 2032. Kann ein Miterbe die Zwangsversteigerung eines zur ungeteilten Nachlaßmasse gehörenden Grundstücks teilungshalber betreiben? 70.

§ 2042. Recht des einzelnen Miterben, die Zwangsversteigerung eines zur ungeteilten Nachlaßmasse gehörenden Grundstücks teilungshalber zu betreiben? Recht auf Teilauseinandersetzung? 70.

§ 2046. Auch die nur einem der Miterben zur Last fallenden Nachlaßverbindlich-

keiten müssen auf Verlangen der übrigen Miterben vor der Teilung berichtigt werden. 182. — Recht des einzelnen Miterben, die Zwangsversteigerung eines zur ungeteilten Nachlaßmasse gehörenden Grundstücks teilungshalber zu betreiben? Recht auf Teilauseinandersetzung? 70.

§ 2058. Ausgleichung zwischen Miterben bezüglich eines Schadenersatzanspruchs; § 426 Satz 1 enthält nur eine Hilfsregel; Anwendbarkeit der Grundsätze des § 254 BGB. 214.

2. Testament (§§ 2064—2273).

A. Allgemeine Vorschriften (§§ 2064—2086).

§ 2065. Wirksame Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, daß der Vorerbe nicht anders letztwillig über den Nachlaß verfügt. 183.

§ 2075. Wirksame Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, daß der Vorerbe nicht anders letztwillig über den Nachlaß verfügt. 183.

B. Einsetzung von Nacherben (§§ 2100—2146).

§ 2108. Wirksame Einsetzung eines Nacherben unter der Bedingung, daß der Vorerbe nicht anders letztwillig über den Nachlaß verfügt. 183.

§ 2121. Das Recht, vom Vorerben ein Bestandverzeichnis, Auskunftserteilung und Sicherheitsleistung zu verlangen, ist ein Individualrecht des einzelnen Nacherben; Voraussetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung. 34.

§ 2127. Das Recht vom Vorerben ein Bestandverzeichnis und Auskunfterteilung zu verlangen, ist ein Individualrecht des einzelnen Nacherben. 34.

§ 2128. Voraussetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung. 34. — Das Recht, vom Vorerben Sicherheitsleistung zu verlangen, ist ein Individualrecht des einzelnen Nacherben. 34.

§ 2140. Anwendungsgebiet des § 2140 BGB.; kann sich der Erbe des Vorerben auf § 2140 BGB. berufen? 71.

C. Testamentsvollstrecker (§§ 2197—2228).

§ 2197. Zulässigkeit des Einwandes der Nichtigkeit des Testaments gegenüber der Klage des Testamentsvollstreckers. 184.

§ 2203. Zulässigkeit des Einwandes der Nichtigkeit des Testaments gegenüber der Klage des Testamentsvollstreckers. 184.

§ 2205. Verfügungen, bei denen ein Widerstreit der eigenen Interessen des Test.-Vollstreckers mit denen seines Amtes besteht, kann nur der Erbe selbst vornehmen. 185.

§ 2208. Verfügungen, bei denen ein Widerstreit der eigenen Interessen des Test.-Vollstreckers mit denen seines Amtes besteht, kann nur der Erbe selbst vornehmen. 185.

§ 2211. Wirksamkeit der Ermächtigung des Testamentsvollstreckers, bei Pfändung des dem Vorerben zustehenden Reinertrags des Erbteils statt der Auszahlung Naturalverpflegung des Vorerben eintreten zu lassen. 101. — Verfügungen, bei denen ein Widerstreit der eigenen Interessen des Test.-Vollstreckers mit denen seines Amtes besteht, kann nur der Erbe selbst vornehmen. 185.

§ 2212. Die Geltendmachung zum Nachlaß gehöriger Erbansprüche an den Nachlaß eines Dritten steht nicht dem Erben, sondern nur dem Testamentsvollstrecker zu. 139. — Zulässigkeit des Einwandes der Nichtigkeit des Testaments gegenüber der Klage des Testamentsvollstreckers. 184.

D. Errichtung und Aufhebung des Testaments (§§ 2229—2264).

§ 2229 Abs. 3. Die Stellung des Entmündigungsantrags begründet für den demnächst wegen Geisteskrankheit Entmündigten keine Testierunfähigkeit. 140.



§ 2231. Gegenüber der Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines privatschriftlichen Testaments hat der Beklagte die Formgültigkeit zu beweisen. 141.

3. Erbvertrag. (§§ 2274—2302).

§ 2290. Wirksamkeit des Erbvertrags, durch den der Erblasser den seinem verschuldeten Sohne zugewendeten Erbteil seinen Enkeln zuweist und den Sohn auf den Zinsgenuß bis zu 1500 M jährlich beschränkt. 55.

4. Pflichtteil (§§ 2303—2338).

§ 2303. Pflichtteilrecht der Abkömmlinge eines Kindes, dem der Pflichtteil wirksam entzogen ist; der zwischen dem Kinde und dem Erben über den Pflichtteil geschlossene Vergleich ist auf das Pflichtteilrecht der Abkömmlinge ohne Einfluß. 35.

§ 2306. Die Größe des hinterlassenen Erbteils bemißt sich im Falle des § 2306 BGB. nach der Erbquote, nicht nach dem Werte des Hinterlassenen. 107.

§ 2309. Pflichtteilrecht der Abkömmlinge eines Kindes, dem der Pflichtteil wirksam entzogen ist; der zwischen dem Kinde und dem Erben über den Pflichtteil geschlossene Vergleich ist auf das Pflichtteilrecht der Abkömmlinge ohne Einfluß. 35.

§ 2314. Umfang der Auskunftspflicht des Erben hinsichtlich eines zum Nachlaß gehörigen Geschäfts; Berücksichtigung des Geschäfts- oder Firmenwerts? 72.

§ 2325. Lebensversicherung zugunsten eines Dritten; Eingehung eines Versicherungsvertrags keine Schenkung i. S. des § 2325 BGB.; Aufwendung der Prämien als Schenkung. 12.

§ 2333. Pflichtteilrecht der Abkömmlinge eines Kindes, dem der Pflichtteil wirksam entzogen ist; der zwischen dem Kinde und dem Erben über den Pflichtteil geschlossene Vergleich ist auf das Pflichtteilrecht der Abkömmlinge ohne Einfluß. 35.

§ 2338. Wirksamkeit der Ermächtigung des Testamentsvollstreckers, bei Pfändung des dem Vorerben zustehenden Reinertrags vom Erbteil an Stelle der Auszahlung Naturalverpflegung des Vorerben eintreten zu lassen. 101.

5. Erbschein. (§§ 2353—2370).

§ 2358. Pflicht des Nachlaßgerichts, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben. 117.

VI. Handelsrecht.

1. Handelsstand.

A. Kaufleute (HGB. 1—7).

§ 1. Ist der Kommanditist Kaufmann? 73.

B. Handelsfirma (§§ 17—37).

§ 25. Haftung für die Schulden bei Übernahme eines Handelsgeschäfts. 186.

C. Handelsbücher (§§ 38—47).

§ 41. Kann die Kommanditgesellschaft die Zahlung der Dividende davon abhängig machen, daß der Kommanditist die Bilanz anerkennt? 73.

D. Prokura und Handlungsvollmacht (§§ 48—58).

§ 48. Kein Recht des Angestellten zur Verweigerung des Zeugnisses über die Höhe des Vermögens und der Einkünfte des Geschäftsherrn. 217.



2. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

A. Offene Handelsgesellschaft (§§ 105—160).

B. Kommanditgesellschaft (§§ 161—177).

C. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892 / 20. Mai 1898).

D. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Ges. v. 1. Mai 1889/20. Mai 1898).

3. Handelsgeschäfte.

A. Allgemeine Vorschriften (§§ 343—372).

4. Seehandel (§§ 474—903).

VII. Gewerberecht.

Schutz von Warenbezeichnungen. (Ges. v. 12. Mai 1894.)

§ 12. Keine Verwechselungsgefahr zwischen den Warenzeichen „Stärkin" und „Stärkon" und der Warenbezeichnung „Stärkolin". 92. — Einstw. Verfügung auf Unterlassung unbefugter Benutzung eines Warenzeichens; Unbeachtlichkeit des Einwandes, daß bei dem Patentamt ein aussichtsvolles Verfahren wegen Löschung des Warenzeichens schwebe. 36.

§ 14. Keine Verwechselungsgefahr zwischen den Warenzeichen „Stärkin" und „Stärkon" und der Warenbezeichnung „Stärkolin". 92.

§ 20. Zuständigkeit für den zugleich mit dem Schadenersatzanspruch erhobenen Unterlassungsanspruch. 92.

Zweiter Teil.

Verfahren.

I. Allgemeine Lehren.

1. Gerichtsverfassung (GVG.).

§ 157 ff. Zulässigkeit der Vernehmung einer Partei durch den ersuchten Richter. 147.

§ 157; 160. Rechtshilfe in Grundbuchsachen; Rechtshilfeersuchen können nur auf eine dem ersuchenden Gericht an sich obliegende Amtstätigkeit gerichtet werden. 199.

2. Rechtsanwaltschaft. (Geb. O.)

Geb.O. 13³. Anspruch des Korrespondenzanwalts auf die Vergleichsgebühr; Berechnung derselben. 15.

Geb.O. 44. Anspruch des Korrespondenzanwalts auf die Vergleichsgebühr; Berechnung derselben. 15.

C. Gerichtskosten (GKG).

§ 28. Die Gebührenermäßigung nach § 6¹ V.O. v. 20. Mai 1915 erstreckt sich auch auf ein vorausgegangenes Mahnverfahren. 37.

§ 37. Die Geb.-Ermäßigung nach § 6¹ V.O. v. 20. Mai 1915 erstreckt sich auch auf ein vorausgegangenes Mahnverfahren. 37.

§ 39. Die Geb.-Ermäßigung nach § 6¹ V.O. v. 20. Mai 1915 erstreckt sich auch auf ein vorausgegangenes Mahnverfahren. 37.

§ 92. Kostenvorschußpflicht des Vaters in dem vom Kinde gegen ihn geführten Rechtsstreit. 90.

§ 92. Haftung des Vaters für die Prozeßkosten des Kindes trotz fehlenden Nutznießungsvermögens. 212.

II. Zivilprozeß-Verfahren.

1. Allgemeine Bestimmungen.

A. Gerichte.

a) Sachliche Zuständigkeit (§§ 1—11).

§ 3. Streitwert bei einstw. Verfügung. 59.

§ 6. Streitwert bei Stellung eines eventuellen Klageantrags. 189.

b) Gerichtsstand (§§ 12—37).

§ 32. Zuständigkeit für den zugleich mit dem Schadenersatzanspruch erhobenen Anspruch auf Unterlassung der Führung eines Warenzeichens. 92.



B. Urteil (§§ 300—329).

C. Versäumnisurteil (§§ 330—347).

D. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme (§§ 355—370).

E. Zeugenbeweis (§§ 373—401).



F. Beweis durch Eid (§§ 445—477).

§ 465. Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß, durch den beim Ausbleiben der eidespflichtigen Partei neuer Termin zur Eidesleistung anberaumt wird. 197.

3. Verfahren vor den Amtsgerichten. (§§ 495—510).

§ 496 Abs. 6. Setzt die Zustellung einer vom Anwalt hergestellten beglaubigten abgekürzten Abschrift von der erteilten vollständigen Urteilsausfertigung die Berufungsfrist in Lauf? 56.

4. Rechtsmittel.

A. Berufung (§§ 511—544).

§ 505. Verweisung des Rechtsstreits an das örtlich zuständige erstinstanzliche Gericht in der Rechtsmittelinstanz. 193.

§ 510 b. Streitwert bei Stellung eines eventuellen Klageantrags. 189.

§ 514/515. Zurücknahme und demnächstige erneute Einlegung der Berufung. 218.

§ 516. Einlegung der Berufung bei öffentlicher Zustellung des Urteils. 43. — Setzt die Zustellung einer vom Anwalt hergestellten beglaubigten abgekürzten Abschrift von der erteilten vollständigen Urteilsausfertigung die Berufungsfrist in Lauf? 56.

§ 518. Einlegung der Berufung bei öffentlicher Zustellung des Urteils. 43.

§ 523. Teilurteil über das Rechtsmittel einer Partei, wenn beide Teile Berufung eingelegt haben. 190. — Verweisung des Rechtsstreits vor das örtlich zuständige erstinstanzliche Gericht in der Rechtsmittelinstanz. 193.

§ 529 Abs. 3. Der auf Grund der §§ 529 Abs. 3, 540 ZPO. geschehene Vorbehalt der Geltendmachung der Aufrechnung enthält regelmäßig keine Feststellung der Zulässigkeit der Aufrechnung. 96.

§ 536. Beseitigung des für den Berufungsbeklagten normierten Urteilseides bei gleichzeitiger Zurückweisung der Berufung. 41.

§ 540. Der auf Grund der §§ 529 Abs. 3, 540 ZPO. gemachte Vorbehalt der Geltendmachung der Aufrechnung enthält regelmäßig keine Feststellung der Zulässigkeit der Aufrechnung. 96.

B. Beschwerde (§§ 567—577).

§ 567. Kein Beschwerderecht des Armenanwalts gegen die Ablehnung seines Antrags auf Entziehung des Armenrechts. 216. — Unzulässigkeit der Beschwerde gegen eine Ablehnung der Verlängerung der Ausschlußfrist nach § 356 ZPO. 42. — Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Beschluß, durch den beim Ausbleiben der eidespflichtigen Partei neuer Termin zur Eidesleistung anberaumt wird. 197.

5. Wiederaufnahme des Verfahrens. (§§ 578—591).

§ 580. Schriftstücke, die lediglich einen Rechtssatz wiedergeben, sind keine Urkunden i. S. des § 580 Nr. 7b ZPO.; Unbenutzbarkeit einer Urkunde. 57.

6. Urkunden und Wechselprozeß. (§§ 592—605).

§ 592. Genehmigung eines unwirksamen Vertrages durch bloßen Zusatz eines neuen Datums unter die Vertragsurkunde; das Datum ist eine Urkunde i. S. des § 592 ZPO. 100.

7. Zwangsvollstreckung.

A. Allgemeine Bestimmungen (§§ 704—802).

§ 707. Zulässigkeit der Beschwerde gegen Beschlüsse über einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. 97.

§ 719. Zulässigkeit der Beschwerde gegen Beschlüsse über einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. 97.

§ 766. Die Unpfändbarkeit des Pflichtteilanspruchs kann nur gemäß § 766 ZPO. geltend gemacht werden. 58.

§ 767. Sind gegenüber der Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan Einwendungen gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch zulässig? 152. — In das Kostenfestsetzungsverfahren gehören nur Einwendungen, die die Berechnung der Kosten betreffen. 16.

§ 771. Die Klage aus § 771 ZPO. ist auch nach Freigabe der gepfändeten Sachen wegen der geleisteten Sicherheit zulässig. 195.

§ 775. Sind gegenüber der Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan Einwendungen gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch zulässig? 152.

§ 788. Festsetzung der Anwaltsgebühren für den Antrag auf Änderung des Teilungsplans über den Versteigerungserlös durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts; Wechsel des Anwalts im Verteilungsverfahren; keine doppelte Erstattung. 22.

§ 793. Zulässigkeit der Beschwerde gegen Beschlüsse über einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung. 97.

§ 796 II. 797 IV. Sind gegenüber der Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan Einwendungen gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch zulässig? 152.

B. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

a) In das bewegliche Vermögen (§§ 803—863).

§ 808. Der Schuldner hat an den gepfändeten, in seinem Gewahrsam belassenen Sachen unmittelbaren Besitz. 114. — Zulässigkeit der Pfändung und Versteigerung der beim Verkäufer lagernden und noch dem Verkäufer gehörenden Kaufsache wegen der Kaufpreisforderung. 198.

§ 829. Dem Drittschuldner steht gegen den klagenden Pfändungsgläubiger kein Einwand gegen den Bestand der vollstreckbaren Forderung zu. 58. — Kann im Rechtsstreit zweier Prätendenten eines Sparkassenguthabens ein Zahlungsverbot gegen die Sparkasse durch einstw. Verfügung erlassen werden? 153.

§ 836. Dem Drittschuldner steht gegen den klagenden Pfändungsgläubiger kein Einwand gegen den Bestand der vollstreckbaren Forderung zu. 58.

§ 840. Kostenpflicht des Pfändungsgläubigers bei Klagezurücknahme, auch wenn der Beklagte Anlaß zur Klage gegeben hat. 75.

§ 852. Die Unpfändbarkeit des Pflichtteilanspruchs kann nur gemäß § 766 ZPO. geltend gemacht werden. 58.

§ 857. Pfändung eines Urheber- und Verlagsrechts; Unzulässigkeit der Zw.Vollstreckung in ein gewerbliches Unternehmen als Ganzes. 194.

§ 863. Wirksamkeit der Ermächtigung des Testamentsvollstreckers, bei Pfändung des dem Vorerben zustehenden Reinertrags des Erbteils statt der Auszahlung Naturalverpflegung des Vorerben eintreten zu lassen. 101.

b) In das unbewegliche Vermögen (§§ 864—871).

§ 869 ZVG. 20. Anspruch des Zwangsverwalters auf Rückschaffung vom Eigentümer nach der Beschlagnahme veräußerter Zubehörsachen. 120. — **ZVG.** 23. Anspruch des Zwangsverwalters auf Rückschaffung vom Eigentümer nach der Beschlagnahme veräußerter Zubehörsachen. 120. — **ZVG.** 55 II. Untergang des Eigentums eines Dritten an mitversteigerten Zubehörstücken. 157. — **ZVG.** 90 II. Untergang des Eigentums eines Dritten an mitversteigerten Zubehörstücken. 157. — **ZVG.** 110. Festsetzung der Anwaltsgebühren für den Antrag auf Änderung des Teilungsplans über den Versteigerungserlös durch den Gerichtsschreiber



des Prozeßgerichts; Wechsel des Anwalts im Verteilungsverfahren; keine doppelte Erstattung. 22. — ZVG. 115. Sind gegenüber der Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan Einwendungen gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch zulässig? 152. — ZVG. 146/148. Anspruch des Zwangsverwalters auf Rückschaffung vom Eigentümer nach der Beschlagnahme veräußerter Zubehörsachen. 120. — ZVG. 152. Anspruch des Zwangsverwalters auf Rückschaffung vom Eigentümer vor der Beschlagnahme veräußerter Zubehörsachen. 120. — ZVG. 181. Darf ein Miterbe die Zwangsversteigerung eines zur ungeteilten Nachlaßmasse gehörenden Grundstücks betreiben? Prüfungspflicht des Versteigerungsrichters. 70.

C. Verteilungsverfahren (§§ 872—882).

§ 878. Sind gegenüber der Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan Einwendungen gegen den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch zulässig? 152.

§ 880. Festsetzung der Anwaltsgebühren für den Antrag auf Änderung des Teilungsplans über den Versteigerungserlös durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts. Wechsel des Anwalts im Verteilungsverfahren; keine doppelte Erstattung. 22.

§ 882. Festsetzung der Anwaltsgebühren für den Antrag auf Änderung des Teilungsplans über den Versteigerungserlös durch den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts; Wechsel des Anwalts im Verteilungsverfahren; keine doppelte Erstattung. 22.

D. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen (§§ 883—898).

§ 887/888. Die Erteilung von Auszügen aus den Büchern eines Kaufmanns kann nach § 887, nicht nach § 888 ZPO. erzwungen werden. 154.

§ 890. Zuständigkeit und Verfahren für Vollstreckung und Aufschub der nach § 890 ZPO. festgesetzten Haftstrafen. 219. — Kein Erlaß der Strafen nach § 890 ZPO. durch Begnadigung. 98.

E. Arrest und einstweilige Verfügung (§§ 916—945).

§ 928. Aussetzung des Prozesses des Gläubigers gegen den Drittschuldner bis zur Erledigung des Prozesses des Schuldners gegen den Drittschuldner. 38.

§ 929 II. Arrestvollziehung durch Offenbarungseidverfahren; Wahrung der Vollziehungsfrist durch den Beginn der Vollziehung? Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Arrestvollziehung durch Offenbarungseidverfahren? 115.

§ 930. Kann im Rechtsstreit zweier Prätendenten eines Sparkassenguthabens ein Zahlungsverbot gegen die Sparkasse durch einstw. Verfügung erlassen werden? 153.

§ 932 III. Arrestvollziehung durch Offenbarungseidverfahren; Wahrung der Vollziehungsfrist durch den Beginn der Vollziehung? Selbständigkeit oder Unselbständigkeit der Arrestvollziehung durch Offenbarungseidverfahren? 115.

§ 938. Zahlungsverbot kraft einstweiliger Verfügung an den Schuldner der vom Veräußerungsverbote betroffenen Forderung? 21. — Kann im Rechtsstreit zweier Prätendenten eines Sparkassenguthabens ein Zahlungsverbot durch einstw. Verfügung gegen die Sparkasse erlassen werden? 153.

§ 940. Streitwert bei einstw. Verfügung. 59. — Einstw. Verfügung auf Unterlassung unbefugter Benutzung eines Warenzeichens; Unbeachtlichkeit des Einwandes, daß beim Patentamt ein aussichtsvolles Verfahren wegen Löschung des Warenzeichens schwebe. 36.

§ 945. Kein Anspruch aus § 945 ZPO. auf Ersatz des aus der Anordnung des Arrestes entstandenen Schadens. 155.

8. Schiedsrichterliches Verfahren (§§ 1025—1048).

§ 1025. Gesamtschuldnerische Haftung der Parteien für die den Schiedsrichtern zustehende Vergütung; Art der Berechnung. 77.

§ 1027. Ist dem Erfordernis der Schriftlichkeit des Schiedsvertrags durch Bezugnahme auf andere Urkunden genügt? 78.

§ 1028/29. Kann die Auswahl des zweiten Schiedsrichters für den Fall der Säumigkeit der zur Ernennung berechtigten Partei dem von der anderen Partei ernannten Schiedsrichter überlassen werden? 196.

§ 1032. Ablehnung des die Gegenpartei in einer gleichliegenden Sache vertretenden Anwalts als Schiedsrichter. 60.

§ 1034. Der Eintritt des Obmanns macht keine erneute Anhörung der Parteien notwendig; Einrede des mangelnden rechtlichen Gehörs. 61.

§ 1041 Nr. 4. Einrede des mangelnden rechtlichen Gehörs; der Eintritt des Obmanns macht keine erneute Anhörung der Parteien notwendig. 61.

§ 1042. Einwand der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts seitens der Partei, die vorher im ordentlichen Prozeß den Einwand des Schiedsvertrags erhoben hatte. 78.

III. Konkursverfahren.

1. Konkursrecht (KO. §§ 1—70).

§ 3/4. Bei Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner erst nach Konkurseröffnung erwirbt der Gläubiger kein Absonderungsrecht, auch wenn die Forderung für den Ausfall festgestellt wird. 116.

§ 6. Die Freigabe von Gegenständen aus der Konkursmasse erfordert eine empfangsbedürftige Erklärung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner. 99.

§ 10. Gehören zu den Kosten des Rechtsstreits die vor der Aufnahme desselben durch den Konkursverwalter entstandenen Kosten? 112.

§ 30. Beweislast bei der Anfechtung von Deckungsgeschäften. 176.

§ 49[2]. Bei Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner erst nach Konkurseröffnung erwirbt der Gläubiger kein Absonderungsrecht, auch wenn die Forderung für den Ausfall festgestellt wird. 116.

§ 61. Die Provisionsansprüche des Provisionsreisenden fallen nicht unter § 61 Konk.O. 156.

§ 64. Bei Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner erst nach Konkurseröffnung erwirbt der Gläubiger kein Absonderungsrecht, auch wenn die Forderung für den Ausfall festgestellt wird. 116.

2. Konkursverfahren (§§ 71—244).

§ 82. Der Absonderungsberechtigte ist, soweit es sich um die Veräußerung der seinem Absonderungsrecht unterworfenen Sachen handelt, Beteiligter i. S. des § 82 KO. 62. — Kein Klagerecht des einzelnen Konkursgläubigers auf Schadenersatz gegen den Konk.-Verwalter während des Konk.-Verfahrens. 62.

§ 114. Die Freigabe von Gegenständen aus der Konkursmasse erfordert eine empfangsbedürftige Erklärung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner. 99.

§ 145. Bei Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner erst nach Konkurseröffnung erwirbt der Gläubiger kein Absonderungsrecht, auch wenn die Forderung für den Ausfall festgestellt wird. 116.

§ 173. Die für den Ausfall festgestellte Forderung erlischt vollständig, wenn sich der Gläubiger mit der ganzen Forderung am Zwangsvergleich beteiligt und die Quote vorbehaltlos angenommen hat. 116.

§ 181. Beim außergerichtlichen Vergleich ist die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers und deren Geheimhaltung nicht unbedingt nichtig. 158.

IV. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898.

§ 2. Rechtshilfeersuchen können nur auf eine dem ersuchenden Gericht an sich obliegende Amtstätigkeit gerichtet werden. 199. — Für die bayerischen Amtsgerichte als Grundbuchämter besteht keine Rechtspflicht, dem von einem außerbayerischen Grundbuchamt gestellten Rechtshilfeersuchen zu entsprechen. 220.

§ 12. Pflicht des Gerichts der freiw. Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller, insbesondere im Erbscheinverfahren, durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben. 117.

§ 20. Dem Pfleger steht kein selbständiges Beschwerderecht gegen die Aufhebung der Pflegschaft zu. 223. — Pflicht des Gerichts der freiw. Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben. 117.

§ 36. Als Geschwister i. S. des § 36 FGG. sind auch Halbgeschwister anzusehen; durch eine auf andere Zwecke gerichtete Pflegschaft über eins von mehreren Geschwistern wird die Zuständigkeit dieses Pflegschaftsgerichts für andere Pflegschaften nicht begründet. 44.

§ 57. Dem Pfleger steht kein selbständiges Beschwerderecht gegen die Aufhebung der Pflegschaft zu. 223.

§ 87. Pflicht des Gerichts der freiw. Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben. 117.

§ 154. Pflicht des Gerichts der freiw. Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben. 117.

2. Grundbuchordnung v. 24. März 1897.

§ 8. Für die bayerischen Amtsgerichte als Grundbuchämter besteht keine Rechtspflicht, dem von einem außerbayerischen Grundbuchamt gestellten Ersuchen um Rechtshilfe zu entsprechen. 220. — Rechtshilfe in Grundbuchsachen; Rechtshilfeersuchen können nur auf eine dem ersuchenden Gericht an sich obliegende Amtstätigkeit gerichtet werden. 199.

§ 18. Pflicht des Gerichts der freiw. Gerichtsbarkeit, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Beseitigung leicht behebbarer Mängel zu geben. 117.

Übersicht
der Entscheidungen nach den Gerichtshöfen.

Berichtigungen.

Bd. 74 S. 346 Z. 1 v. u. statt S. 325: S. 235.
Bd. 74. S. 347 Überschr. statt 199: 195.
Bd. 74. S. 351 Z. 18 v. u. statt ersuchten: ersuchenden.


3 1951 002 515 402 B